PRINCIPII
DI
FILOSOFIA DEL DIRITTO

Prof. VINCENZO MICELI
dell'Università di Pisa

PRINCIPII
DI
FILOSOFIA DEL DIRITTO

Seconda edizione riveduta ed ampliata

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
MILANO - VIA AUSONIO, 22
1928

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Poco ho da aggiungere a quanto è detto, nella prefazione alla prima edizione. In gran parte la presente calca le orme di quella, poichè nessuna delle pubblicazioni apparse nel frattempo, è stata capace di farmi recedere, per le sue teorie, dalle idee da me propugnate e svolte in quest'opera. Esse d'altronde avevano la pretesa di mostrarsi il frutto di una attenta ed oggettiva meditazione, tanto da non essere possibile un ritorno sopra di loro, se non con l'intento di meglio chiarirle e precisarle. Perciò io ho cercato, in questa edizione, con qualche nota e qualche opportuna amplificazione, di render comprensibili quei principii, che la critica poteva non avere rettamente interpretato, e che comunque, si prestavano a fraintendimenti.

Una notevole aggiunta era però necessaria, per ciò che riguarda il progresso della mia disciplina.

Idee innovatrici, capaci di trasformar radicalmente l'indirizzo da me proseguito, non son venute alla luce; tuttavia teorie, che, dal punto di vista storico-culturale, presentano un qualche interesse, e un qualche significato, ne sono apparse diverse. Di queste ho tenuto quindi il debito conto, dove e quando il caso lo rendeva necessario.

Ad una poi, alla teoria del Gentile, ho dedicato un capitolo, che non è altro, se non un mio studio apparso dopo la pubblicazione della prima edizione di questo manuale, negli Annali delle Università Toscane. L'importanza del pensatore e la notorietà della sua filosofia, richiedevano questa speciale menzione.

Nel licenziare, infine, le mie bozze alla stampa, non mi resta che ringraziare il pubblico del favore da esso accordato a quest'opera.

Pisa, gennaio 1928.

PREFAZIONE

Nel presentare ai lettori questo manuale, devo avvertire innanzi tutto che il suo vero titolo dovrebbe essere: *Princìpii di scienza generale del diritto.* Infatti qui è trattata a preferenza quale scienza empirica, su dati psicologici e sociologici, quella disciplina che va col nome di *Filosofia del diritto.* Io ritengo che una vera filosofia del diritto non esista, come altrove ho dimostrato (1). La disciplina che finora è stata indicata sotto questo nome, non è che una mescolanza di etica e di dottrine generali del diritto; per cui la prima non è filosofia del diritto, appunto perchè è etica, le seconde non sono filosofia, perchè non escono dal dominio empirico. Le diverse trattazioni della così detta filosofia del diritto, ora hanno dato prevalenza all'elemento etico, siccome quelle di G. Hegel, Trendelenburg, ecc.; ora hanno dato prevalenza all'elemento empirico, come in genere quelle dei vecchi giusnaturalisti, quelle che provengono dai seguaci dell'indirizzo positivista. Ma, nè le une, nè le altre, possono considerarsi quali filosofie del diritto; non le prime, perchè non son riuscite a darci un vero concetto filosofico del diritto; tanto meno le seconde, che non hanno potuto sollevarsi ad alte concezioni speculative, non ostante quel certo formulario filosofico, col quale hanno cercato di rivestire i loro concetti empirici.

I giuristi peraltro (e non da ora soltanto) hanno in

---

(1) Vedi il mio articolo: *Esiste una Filosofia del diritto?* in *Rivista ital. di Sociologia*, fasc. III, IV, 1913.

genere guardato con una certa diffidenza la filosofia del diritto e la loro diffidenza è forse aumentata in questi ultimi tempi, quando, col tramonto del vecchio diritto naturale, si credette fosse anche venuto meno il fondamento per ogni trattazione che esca dal campo del diritto positivo. Nel nostro paese anzi, in più di un'occasione, essi discussero intorno alla opportunità o no di conservare la filosofia del diritto nell'insegnamento universitario. Queste diffidenze dei giuristi non possono dirsi del tutto ingiustificate. Il loro senso pratico faceva ad essi sentire vagamente e in modo incompleto una verità, che a me sembra evidente, cioè che una vera e propria filosofia del diritto non esista. Ma ciò non significa che non possa esistere e riuscire assai utile una scienza superiore alle singole discipline giuridiche, anche a quella di carattere più sintetico, che va ora col nome di *Teoria generale del diritto positivo.*

Il presente manuale è appunto rivolto ad esporre nelle sue linee generali questa disciplina superiore, almeno nel modo come io l'intendo. Se continuo a chiamarla ancora filosofia del diritto, lo faccio per non romperla improvvisamente con la tradizione e perchè il nome si conserva sempre nei nostri programmi universitari, dovendo questo manuale servire ai giovani che studiano secondo tali programmi. E per questo ho conservato anche certe denominazioni, certe definizioni e certi concetti (specialmente nella parte introduttiva) che possono apparire in contrasto col mio modo di vedere; quantunque poi, in fondo, a bene esaminare la cosa, non riescano effettivamente tali.

Dicendo che una vera filosofia del diritto non sia possibile, non intendo disconoscere ogni valore filosofico a questa scienza generale del diritto. Tutte le scienze hanno valore filosofico e tanto maggiore l'hanno quelle che raggiungono un grado elevato di generalità, quale

è appunto la scienza contenuta in questo manuale. Ma il valore filosofico di una disciplina non ci deve indurre a confondere questa con la filosofia. Una tale confusione, nel caso nostro, riesce dannosa alla filosofia e in pari tempo al diritto, il quale, per assumere vero carattere filosofico, dovrebbe appunto perdere il suo carattere di diritto. Le *mésalliances* nel dominio del sapere sono più dannose che nel dominio della vita; poichè in quest'ultimo caso possono diventare feconde di rampolli robusti, mentre nell'altro non riescono feconde che di equivoci e di confusioni.

Questo manuale è in gran parte ricavato dai quattro volumi delle mie *Lezioni di filosofia del diritto*, ai quali rimando per più ampi svolgimenti. In qualche parte si troveranno peraltro opinioni alquanto diverse da quelle espresse colà o in altre mie pubblicazioni. Alcune di esse, piuttosto che divergenze, sono svolgimenti o determinazioni più precise; altre sono differenze dovute a un più maturo esame che, portato sopra argomenti così delicati e complessi, induce sempre a far scorgere nuovi aspetti o a far comprendere il lato erroneo di teorie, che prima potevano apparire pienamente fondate. Chi, con mente non prevenuta, segue obbiettivamente l'analisi di tali problemi, può sentire il bisogno di modificare le proprie opinioni in processo di tempo; ed è ostinazione e prova di ristrettezza di mente il persistere in dottrine, che si mostrano insostenibili, o di fronte allo sviluppo della scienza, o di fronte allo sviluppo del proprio pensiero.

Il carattere elementare di questa trattazione non permetteva una larga bibliografia, anche perchè la mole del volume non l'avrebbe tollerata. Perciò mi sono limitato a fornire in vari luoghi e intorno agli argomenti più importanti brevi indicazioni bibliografiche, nelle quali lo studioso troverà indicate a preferenza le opere classiche e quelle che contengono larghe biblio-

grafie. Non è del resto conveniente affogare con bibliografie numerose la mente del principiante, poichè esse sono più atte a fare smarrire anzi che a guidare chi s'inizia a tali studii.

Spero in fine che questo Manuale potrà in qualche modo contribuire a far comprendere l'utilità della Scienza generale del diritto a coloro che, diffidenti verso la Filosofia del diritto, confondono le due cose e le avvolgono in una comune condanna. Mentre forse in nessun momento storico lo studio di quella prima scienza si è presentato così indispensabile per il giurista come nel momento attuale.

Palermo, dicembre 1913.

INDICE DELLE MATERIE

NOZIONI PRELIMINARI

PARTE PRIMA

IL CONCETTO DEL DIRITTO E IL DIRITTO OBBIETTIVO.

PARTE II

Passaggio dal contenuto alla forma.

PARTE III

Conflitti e conciliazioni tra forma e contenuto.

PARTE IV

Modo come la norma si attua.

PARTE V

IL DIRITTO DAL PUNTO DI VISTA SUBBIETTIVO.

PARTE VI

LE TEORIE DELLA VOLONTÀ E DELLA RESPONSABILITÀ.

PARTE VII

Genesi ed evoluzione del diritto.

PARTE VIII

IL FONDAMENTO ULTIMO DEL DIRITTO.

NOZIONI PRELIMINARI

CAPITOLO I

Concetto della filosofia del diritto.

SOMMARIO. — 1. La filosofia del diritto distinta dalle singole scienze del diritto. — 2. Deriva da una esigenza del nostro spirito. — 3. Le tre ricerche della filosofia del diritto. — 4. Compito pratico in ispecie. — 5. Definizione. — 6. Rapporti fra i suoi tre compiti.

§ 1. — La filosofia del diritto si propone di studiare l'essenza del diritto, nella totalità dei suoi rapporti, per raggiungere intorno ad esso un grado di conoscenza, che non può essere fornito dalle singole discipline giuridiche. Ciascuna di queste infatti ci fornisce una conoscenza incompleta e limitata del diritto, non ci permette di comprenderlo che sotto un dato aspetto, come un fenomeno limitato nel tempo e nello spazio, relativo a certe determinate esigenze della vita. Le conoscenze che esse ci forniscono sono necessariamente frammentarie, non permettono alla mente di comprendere la necessità e l'universalità di questo fenomeno, i suoi caratteri essenziali, la sua ultima ragione di essere. Anche le discipline giuridiche di carattere più generale, non ci forniscono una vera spiegazione del diritto nella totalità dei suoi rapporti, nella sua essenza e nei suoi fini ultimi, poichè esse necessariamente si arre-

stano a un dato stadio di generalità e non possono andare più oltre, senza uscire dal loro campo di ricerca. Così, la storia del diritto, per citare un esempio, ci può mostrare il diritto come si è manifestato fra i vari popoli, ma non si occupa di sapere quali sono i lati essenziali e immutabili di questo fatto e tanto meno può assurgere al concetto della essenza del diritto. L'essersi questo fatto manifestato per una lunga serie di secoli, non significa che esso sia un fatto universale, nè indispensabile alla vita delle convivenze umane. Così ancora la scienza generale del diritto positivo, anche se si prende nella sua concezione più ampia, potrà fornire una concezione tecnica del diritto, ma non ci potrà far comprendere la sua intima essenza, la sua ultima ragione di essere; e perciò la conoscenza, che ci permette di conseguire sarà necessariamente una conoscenza incompleta.

La filosofia del diritto ci si presenta perciò come una scienza superiore alle singole discipline giuridiche, che ha lo scopo di conseguire intorno al diritto un grado di conoscenza di ordine più elevato, anzi il massimo grado di conoscenza sintetica che si possa conseguire intorno ad esso. La filosofia, anche in questo campo, si mantiene fedele al suo compito, che è quello di raggiungere il sapere unitario, completo, per quanto ciò sia possibile alla nostra mente limitata. Vi sono infatti tre forme di sapere: il sapere volgare, che è sapere frammentario e slegato; il sapere scientifico, che solo in parte è sapere unitario; il sapere filosofico, che è sapere completamente unitario. La filosofia del diritto è il sapere unitario intorno al diritto basato sul suo fondamento filosofico.

§ 2. — La filosofia del diritto, come in genere ogni conoscenza filosofica, è innanzi tutto il prodotto di una fondamentale esigenza del nostro spirito, che è determinata dalla tendenza verso l'universale. La nostra

mente cioè non è soddisfatta se non quando può raggiungere una forma universale di sapere. Le forme frammentarie di sapere non ci soddisfano, ci lasciano in uno stato d'irrequietezza, come di malessere e ci inducono incessantemente a passare dal fatto singolo alle connessioni, che esso ha con gli altri fatti e alle connessioni di queste con altre connessioni, fino a che non siamo giunti a qualche principio, che possa racchiudere in una sintesi unica tutte queste connessioni. Perciò si può dire che ogni uomo tende a filosofare, quantunque a sua maniera e per quanto le proprie cognizioni glielo possano permettere. La filosofia è nata col pensiero e non può morire che col pensiero.

Ma questa esigenza è peraltro in connessione con la necessità di adattamento al mondo obbiettivo e con la stessa limitazione della nostra mente. Per comprendere l'universo illimitato che ci circonda, noi non possediamo che una intelligenza limitata; da qui la necessità di dividere le nostre forze e portare in un campo limitato le nostre osservazioni e le nostre ricerche. Nel dominio del sapere accade quello che si verifica in tutti i fatti della vita. La nostra attenzione s'intensifica a misura che si restringe e restringendosi, cresce il nostro potere di comprendere, come, in genere, il nostro potere d'agire. A questa divisione del nostro compito noi siamo portati da un'altra tendenza della nostra mente, la tendenza a distinguere, a cogliere le differenze, che intercedono fra i fenomeni e i rapporti, che presentano le cose. Tendenza assai preziosa, perchè l'universo, oltre che illimitato, ci si manifesta in forma confusa e caotica, onde non potremmo studiarlo, con la possibilità di conoscerlo, senza introdurre in esso numerose distinzioni, senza fissare la nostra mente su certe differenze, su certi punti di partenza e di arrivo. Ma, per conoscere, non basta distinguere e differenziare, poichè, i fenomeni diversificano gli uni dagli

altri e solo in quanto diversificano, possiamo concepirli; d'altra parte poi sono fra di loro congiunti, fanno parte di un sol tutto, che è l'universo. Per conoscere quindi occorre comprendere anche le connessioni e le somiglianze, che intercedono fra di essi. Del resto, la stessa distinzione suppone già la connessione. Quando infatti cerchiamo di distinguere, ad esempio, una pianta e di assegnare la varietà, la specie, il genere, cui appartiene, non facciamo che cogliere una serie di connessioni, una serie di somiglianze mano mano meno numerose, ma di carattere mano mano più generico, che legano quella pianta a tutte quante le altre.

A causa adunque delle connessioni che esistono fra le cose, occorre che si determini anche una connessione fra le conoscenze e perciò la nostra mente non potrebbe adeguarsi alla realtà ed abbracciarla nella totalità dei suoi rapporti, se non fosse guidata dalla tendenza alla generalizzazione. Il processo logico, con cui la nostra mente coglie i lati comuni delle cose e dei rapporti si chiama *sintesi*, quello col quale coglie i lati differenti e speciali, si chiama *analisi*. I due processi si presuppongono e si completano, ma la sintesi tende a prevalere sull'analisi, a misura che più vasto diventa il dominio del sapere.

Ogni scienza suppone un insieme di sintesi, ma le sue sintesi sono sempre più o meno limitate, poichè limitato è sempre il campo delle rispettive ricerche. Inoltre le sintesi scientifiche sono basate su semplici processi di generalizzazione e perciò non si presentano come necessarie ed immutabili. Il loro compito si può allargare o restringere, secondo mutano le esperienze o il punto di vista dello studioso. La filosofia tende invece ad una sintesi superiore e completa, poichè non si fonda su di semplici generalizzazioni, ma su vedute universali delle cose e dei rapporti. In essa si esplica propriamente la tendenza all'universale e perciò il sa-

pere filosofico si presenta con un grado di necessità, che non può acquistare mai il semplice sapere scientifico. Cosicchè possiamo dire che la tendenza all'universale può estrinsecarsi in modo assai monco nel sapere volgare, acquista una estrinsecazione più completa nel sapere scientifico, ma non può estrinsecarsi in modo veramente completo, se non nel sapere filosofico. E in questo senso la tendenza all'universale compie una funzione di adattamento della nostra mente all'ordine universale delle cose. Essa può essere un riflesso di questo ordine universale, o pure può concepirsi come rivelazione di questa medesima realtà, di cui l'ordine universale delle cose non è che una manifestazione.

La filosofia del diritto è dunque un prodotto del bisogno della nostra mente a raggiungere una più profonda conoscenza del diritto; un bisogno che le singole discipline giuridiche non arrivano a soddisfare. Essa può cadere in discredito, come era avvenuto nel secolo passato, col tramonto delle vecchie dottrine del diritto naturale, con le quali si era per un certo tempo immedesimata; può essere abolita dagli insegnamenti ufficiali, ma non può sparire, come non sparisce dalla nostra mente il bisogno sul quale si fonda. Ma determinata da questa profonda esigenza della nostra mente a raggiungere il sapere unitario, la nostra disciplina non può considerarsi come completamente staccata dalla filosofia generale, come una filosofia per sè stante. In fondo la filosofia non è che una, poichè il sapere unitario non può essere che unico; parlare di singole filosofie significa distruggere il vero concetto di filosofia e fraintenderne il vero significato. La filosofia del diritto non è una filosofia speciale, nel senso che ordinariamente si attribuisce a questa espressione, ma è soltanto una parte della filosofia. È soltanto per la limitazione della nostra mente, per la necessità di distinguere, anche in questo campo, per potere meglio

approfondire, che siamo costretti a fare oggetto delle nostre meditazioni alcuni aspetti del sapere filosofico, a restringere le nostre ricerche filosofiche in alcuni campi del sapere unitario e allora vengono fuori le cosí dette filosofie speciali. Ma queste non possono differire le une dalle altre e dalla filosofia in genere, come differiscono fra di loro le singole scienze, altrimenti il sapere filosofico cessa di essere sapere unitario e scende al livello del semplice sapere scientifico.

§ 3. — La filosofia del diritto si propone tre ricerche fondamentali, che possiamo chiamare *logica*, *fenomenologica* e *pratica*. Cioè essa deve innanzi tutto occuparsi di determinare il concetto del diritto. Per comprendere infatti il diritto, per afferrarne l'intima essenza, la ragione di essere, il modo come il fenomeno giuridico si comporta nella realtà, il fine al quale tende, dobbiamo cominciare con domandarci che cosa si deve intendere per diritto. Non possiamo filosofare sopra un dato argomento senza avere ben fissato nella mente questo dato argomento, senza averne determinato i caratteri distintivi. Dalla determinazione di questi caratteri dipenderà in gran parte la spiegazione che cerchiamo intorno a quel dato fatto, la conoscenza che noi possiamo acquistare intorno al suo essere, al suo modo di comportarsi, alla ragione ultima del suo esistere in quel dato modo.

E il vero concetto del diritto non ci può essere dato che dalla filosofia, purchè solo essa può penetrare nella vera essenza del diritto, sotto tutti i suoi aspetti e nelle connessioni, che esso ha con tutti gli altri fenomeni della società, della vita e in genere, del cosmo. Le singole discipline giuridiche non ci possono dare del diritto che concetti incompleti, appunto perchè esse circoscrivono il campo delle loro rispettive ricerche alle singole manifestazioni del fenomeno giuridico e non pervengono ad elevarsi alla concezione del diritto

come un fatto universale. Le nozioni che esse ci forniscono del diritto sono delle nozioni limitate, non assurgono al concetto filosofico del diritto, cioè non sono concetti nel vero significato logico. Da esse possiamo infatti avere il concetto del diritto civile, o del diritto costituzionale, o del diritto amministrativo, ecc., o del diritto positivo in genere; ma non il concetto del diritto nella sua intima essenza, nella sua universalità, come una necessità logica, in connessione col nostro modo d'intendere, con le leggi del nostro spirito e con la realtà ultima delle cose. I concetti, in altri termini che ci danno del diritto le singole discipline giuridiche sono fondati su sintesi parziali, il concetto che noi cerchiamo deve invece fondarsi su di una sintesi totale e definitiva.

Ma, quando avremo ottenuta questa sintesi, avremo bensì il concetto del diritto nella integrità dei suoi caratteri fondamentali, ma non avremo ancora la spiegazione del diritto come fenomeno, cioè nelle sue manifestazioni rispetto alla vita sociale. Se la filosofia cerca il concetto fondamentale del diritto, lo cerca innanzi tutto per poter pervenire ad una spiegazione del fenomeno giuridico. Ora, come può spiegarsi il fenomeno giuridico? Esso non si spiega fino a che rimaniamo nell'ambito stesso del diritto, perchè il diritto non è che un insieme di norme e di rapporti, che si intrecciano fra gl'individui umani, un apparato formale, che non può spiegarsi, se non quando si considera rispetto al suo contenuto, ciò alle esigenze, che regola, alle cause, che lo determinano, alle condizioni in cui si manifesta. E queste condizioni non si verificano e non operano se non nelle società umane. Per spiegare il diritto dobbiamo allora riferirci alla vita sociale. Esso non è che una delle tante manifestazioni della vita sociale e solo nelle convivenze umane trova la sua ragione di essere. Da qui l'altro compito della filosofia del diritto, che è quello di cercare una spie-

gazione del fenomeno giuridico, connettendo il fenomeno giuridico al fenomeno sociale in genere.

Se non che la spiegazione non sarebbe completa neppure quando fossimo riusciti a connettere il diritto a tutti gli altri fenomeni della convivenza e quindi all'ordine di causalità sociale; perchè il diritto è innanzi tutto un prodotto delle coscienze, e come tutti i fatti della coscienza, è anche sottoposto a un ordine di fini e quindi a giudizi di valutazione degli atti umani. Le cause sociali sono un'occasione per la manifestazione del diritto, ma non ne costituiscono il fondamento ultimo, nè possono quindi fornircene una spiegazione capace di soddisfare pienamente il nostro desiderio di conoscere. Esse ci spiegano come il diritto esiste, come si svolge nelle convivenze umane, ma non ci spiegano perchè il diritto si deve svolgere e deve funzionare a quel modo e non altrimenti. Ci rendono conto del diritto così come è, come si manifesta, ma non del diritto quale dovrebbe essere. Ora, per tutti i fatti che si riferiscono alla nostra condotta, non basta una semplice spiegazione di quello che è, occorre anche conoscere per quale ragione intima la nostra condotta si deve svolgere a quel modo. Noi operiamo sempre in vista di certi fini e sono questi che possono darci una piena spiegazione della nostra condotta. Per ottenere quindi una tale spiegazione occorre ricercare a quali fini il diritto s'informa. Questa terza ricerca viene da molti chiamata *ricerca pratica*.

Alcuni ritengono che la filosofia del diritto sia una scienza puramente teoretica e perciò deve escludere ogni ricerca pratica. Per ben comprendere tale questione, bisogna premettere che per scienza teoretica s'intende una scienza che studia il fenomeno, così come si manifesta e ne cerca la spiegazione nell'ordine delle cause. Per scienza pratica s'intende invece una scienza che cerca come il fenomeno dovrebbe essere per raggiungere certi fini. La prima implica una semplice consta

tazione ed è un prodotto della nostra intelligenza; la seconda implica invece una valutazione ed è un prodotto della nostra volontà. Con la prima formula si afferma quello *che è*, con la seconda, quello che *deve essere*. Le scienze pratiche quindi suppongono sempre un modo d'agire, un'azione della volontà per raggiungere certi fini, per ottenere certi risultati.

Le scienze pratiche, alla loro volta sono state distinte in tecniche ed etiche. Le prime implicano una valutazione relativamente necessaria, rispetto al fine, ma una libera scelta di questo. Così, io posso scegliere l'arte che voglio apprendere, ma una volta scelta, debbo necessariamente assoggettarmi alle regole e ai metodi inventati per fare apprendere quell'arte, se voglio raggiungere l'intento. Le seconde implicano invece una valutazione obbligatoria rispetto ad un fine anch'esso obbligatorio. Così io non sono libero di scegliere ad arbitrio una condotta buona o cattiva, io sono obbligato da un comando della mia coscienza a scegliere una condotta buona e anche a scegliere i mezzi più adati a farmi conseguire quel fine. Nelle scienze etiche abbiamo il concetto dell'obbligo, che apparisce tanto rispetto ai mezzi, che rispetto al fine; mentre nelle scienze tecniche abbiamo una necessità di ordine materiale rispetto ai soli mezzi e perciò una necessità, che *non* opera sul volere con una forza imprescindibile. Se ben si pensa, la necessità nelle scienze tecniche si riduce in fondo ad una necessità di ordine causale, cioè quale può provenire dalle leggi di natura, perchè ne è una conseguenza. Quella che apparisce nelle scienze etiche è una necessità morale, che proviene dall'ordine dei fini universali della condotta e perciò soltanto nel dominio di tali scienze apparisce il vero concetto dell'obbligo (1).

---

(1) I filosofi tedeschi esprimono queste due forme di necessità, che noi esprimiamo con due parole, con una sola parola, coi due verbi *sollen* (la necessità morale) e *müssen* (la necessità materiale).

§ 4. — Ciò posto, la questione consiste nel sapere se la filosofia del diritto possa limitarsi ai soli compiti logico e fenomenologico, cioè se sia una scienza puramente teoretica o debba anche abbracciare un compito pratico e perciò sia anche una scienza pratica. Da quello che abbiamo già detto, si rileva già che la filosofia del diritto, non solo deve assumersi una ricerca pratica, nel senso morale; ma che essa è a preferenza una scienza pratica, poichè è in questa ricerca sopra tutto che essa trova la sua ragione di essere. Essa ha infatti di mira una parte della condotta umana e la condotta non si può concepire senza la ricerca di un fine obbligatorio. Le due altre ricerche sono in certo modo sussidiarie e non servono in fondo che ad agevolare la ricerca pratica, perciò il principale fondamento del diritto è costituito dal principio etico.

A che scopo noi infatti ci sforzeremmo a ricercare il concetto del diritto, il modo come il diritto si esplica nella vita sociale, le cause che lo producono, se noi non avessimo di mira un fine nel nostro operare giuridico, se non fossimo indotti ad una valutazione di questo nostro operare? Il diritto è un fatto che ci riguarda troppo da vicino, per esso non basta una conoscenza che possa appagare semplicemente la nostra curiosità; occorre una conoscenza che valga anche a guidare la nostra condotta. E infatti noi implichiamo sempre una valutazione tutte le volte che discorriamo del diritto, anche quando non formuliamo nettamente giudizî di valore.

Questo non accade quando discorriamo di fatti che non riguardano la nostra condotta, quando, ad esempio, accenniamo a una legge fisica, a un fenomeno metereologico, ecc. La nostra mente si accontenta allora di una semplice constatazione. Quando invece parliamo di atti od istituti umani, ad esempio, della poligamia presso certi popoli, dell'uso di uccidere i genitori vecchi presso

certi altri, della condanna di un colpevole, ecc., ci sentiamo irresistibilmente trascinati a riprovare o ad approvare questi atti. È dunque per l'indole propria di tali fatti, per il rapporto intimo che hanno con la nostra coscienza, che la ricerca pratica s'impone: la nostra coscienza non può farne a meno. Anche quando noi crediamo di avere escluso ogni valutazione, essa s'insinua insensibilmente nei nostri giudizi. Anzi è così forte e così radicata la tendenza a valutare, in questo campo di fenomeni, che i giudizi di valutazione spesso impediscono un'esatta constatazione e c'inducono, anche inconsciamente, ad una constatazione parziale o inesatta della verità.

L'esclusione della ricerca pratica della nostra disciplina può essere effetto di una concezione errata della filosofia o pure di un semplice equivoco. Cioè, o si dà un valore troppo assoluto alla distinzione fra i giudizi di constatazione e i giudizi di valutazione rispetto alla condotta o si dà all'espressione di *ricerca pratica* il significato non filosofico di una ricerca per il conseguimento immediato di certi scopi. Nel dominio filosofico essa non può essere che indicazione e valutazione di fini, indipendentemente da ogni attuazione immediata. È, in certo modo, un proseguimento della ricerca teoretica e viene anzi messa in rilievo da questa. Gl'ideali della condotta non sono qualche cosa di estrinseco, che ad un dato momento s'impongano alla convivenza per opera di uno o di pochi; ma sono una formazione che si viene lentamente elaborando nelle interazioni della vita sociale, conformemente alle esigenze della vita in comune e alle leggi della coscienza. Il compito del filosofo non è quello di crearli, ma soltanto quello di metterli in rilievo, di secernerli, di formularli in maniera possibilmente chiara e precisa. Ora, siccome questi ideali si vanno elaborando in tutti i dominî dei rapporti umani; si elaborano anche nel dominio dei rapporti giuridici

e si delineano perciò quali idealità giuridiche o diritto ideale. Perchè il filosofo del diritto non dovrebbe cercare di formularli e di fondare su di essi una valutazione dei fatti e degl'imperativi giuridici? Se gli si nega questo compito, coerentemente gli si dovrebbe negare anche l'altro di fare una ricerca fenomenologica del diritto, poichè una fenomenologia non potrebbe concepirsi se non come intessuta di credenze di un dato ordine, che si formano sotto l'impulso d'ideali e si impongono all'operare umano, obbiettivamente considerato, e anche alla coscienza del filosofo che lo studia.

Ma, ammessa una ricerca pratica, questa deve considerarsi nella nostra disciplina come di ordine tecnico o come di ordine etico? Da quello che abbiamo detto finora implicitamente risulta che nel campo della filosofia del diritto la ricerca pratica assume essenzialmente carattere etico. Il diritto appartiene al dominio dell'etica e non al dominio della tecnica. Vi è certo in esso una parte spiccatamente tecnica, ma anche questa parte acquista valore etico in conseguenza del fine cui essa è rivolta. La tecnica giuridica non è una tecnica agricola o una tecnica industriale, le quali hanno di mira semplicemente un fine tecnico e perciò, se presentano il carattere della necessità materiale, non hanno il carattere dell'obbligatorietà; essa è una tecnica rivolta al raggiungimento di fini etici e quindi si presenta col carattere dell'obbligatorietà. Così, noi non possiamo scegliere indifferentemente fra tutte le norme giuridiche le quali ci si presentano come possibili, ma *dobbiamo* scegliere quelle che sono più in armonia con i nostri ideali etici; il che significa che le norme giuridiche non sono eticamente indifferenti. Così ancora, abbiamo abolito la tortura, abbiamo abolito certe forme crudeli di punizioni o di morte, perchè quei mezzi di ricerca del reato o di sanzione non erano più in armonia con i nostri ideali etici. L'eticità del fine opera

sulla natura dei mezzi ed infonde quindi ad essi il carattere dell'obbligatorietà. Solo se si nega al diritto ogni idealità etica, si può escludere dalla tecnica giuridica il carattere dell'eticità; ma ciò ripugna alla stessa natura del diritto, come vedremo in seguito, ed è anche in contrasto con le aspirazioni della nostra coscienza (1).

§ 5. — Dopo queste spiegazioni, possiamo così definire la filosofia del diritto: essa *è la disciplina filosofica che si propone di studiare* il diritto nella sua essenza e nella sua integrità fondamentale, *determinandone il concetto, la genesi, le funzioni e le leggi di sviluppo nella vita sociale e infine le idealità, cui s'ispira e deve ispirarsi.*

Dicendo che studia il diritto nella *sua integrità fondamentale,* vogliamo accennare al suo compito eminentemente sintetico, quale può essere assunto soltanto da una disciplina filosofica. Dicendo che *determina il concetto del diritto,* accenniamo al suo compito logico, che costituisce il punto di partenza delle sue ricerche, poichè tutto ciò che possiamo dire o speculare sul diritto dipende dal modo come noi lo concepiamo o possiamo concepirlo. Molte controversie intorno al diritto dipendono dal diverso modo come esso si concepisce. Il compito fenomenologico viene indicato con le altre espressioni che si riferiscono alla *genesi,* alla *funzione,* alle *leggi di sviluppo del diritto.* Tutti questi fatti non possono comprendersi, se non quando il fenomeno giu-

(1) Il prof. Ravà ha cercato di dimostrare che la norma giuridica non è norma etica, ma norma tecnica per il conseguimento di fini etici (*Il diritto come norma tecnica,* Cagliari, 1911). Ma egli non è riuscito nel suo assunto. La distinzione fra mezzo e fine non può farsi nel dominio dell'etica, almeno dal punto di vista dell'obbligatorietà. Il carattere etico del fine non può non conferire carattere etico anche ai mezzi. Noi non possiamo conseguire fini etici con mezzi eticamente indifferenti, poichè nel momento in cui il mezzo viene scelto per un fine etico, esso acquista immediatamente carattere di eticità. E in fondo questa è poi la conclusione a cui il Ravà arriva.

ridico si considera in rapporto con gli altri fenomeni della convivenza, poichè esso appunto sorge nella società umane, esercita una funzione sociale di garanzia e si evolve in rapporto con tutti in genere i fenomeni della convivenza.

Si potrebbe qui domandare; se basta per la spiegazione del fenomeno giuridico il riferimento ai soli fenomeni della convivenza o se non occorra anche studiare il fenomeno giuridico rispetto a tutti gli altri fenomeni dell'universo. Certo, una spiegazione veramente filosofica del diritto non potrebbe ottenersi, se non quando si mettesse il diritto in connessione con gli altri fenomeni del cosmo. Come sappiamo, il sapere filosofico, è in tutte le sue parti sapere unitario. Ma, siccome anche nel sapere filosofico avviene una specificazione, a causa della limitazione della nostra mente, così noi possiamo limitare il nostro compito fenomenologico alla spiegazione del diritto in rapporto con altri fenomeni sociali, lasciando ad altre discipline filosofiche, di carattere più comprensivo, la spiegazione dei fenomeni sociali e quindi implicitamente anche il diritto, in connessione con tutti gli altri fenomeni dell'universo. Senza intraprendere direttamente una tale ricerca, noi possiamo giovarci dei risultati, cui sono pervenute queste altre discipline.

Finalmente la nostra definizione, nell'ultima sua parte, accenna anche al compito pratico della filosofia del diritto. Accennando agli *ideali, a cui il diritto s'ispira e deve ispirarsi,* noi vogliamo dire che il diritto si genera e si sviluppa sempre sotto l'azione di certi ideali, e non importa se vagamente intesi o chiaramente percepiti. E questi ideali noi dobbiamo studiare, non solo obbiettivamente quali si sono rivelati nella storia, poichè allora rimaniamo sempre nel dominio della ricerca fenomenologica; ma dobbiamo ricercarli anche nella nostra coscienza, studiarli come si formano, se-

condo le leggi del nostro spirito a fine di rinvenire in essi i criteri per valutare il diritto e ricercarne la giustificazione e la spiegazione ultima.

§ 6. — Occorre poi aggiungere, per rendere più completo il concetto della nostra disciplina, che i tre compiti che essa si propone, non devono considerarsi assolutamente distinti l'uno dall'altro; essi sono tre compiti che necessariamente si presuppongono, s'influenzano e si completano l'uno con l'altro. Noi, solo per ragione d'analisi, possiamo parlare di tre compiti distinti, ma la distinzione è sempre relativa poichè le tre categorie di cose non sono fra di loro essenzialmente separate e la filosofia, che è sapere sintetico, non può distinguere se non con lo scopo di mettere anche in rilievo le connessioni. Infatti noi, solo fino a un certo punto, possiamo parlare di un compito logico siccome distinto dal compito fenomenologico e pratico.

Il nostro concetto del diritto, se non vuole essere un concetto puramente aereo, non può non tener conto della realtà e quindi del modo come il diritto si attua nella vita sociale, se non altro per trovare in essa la conferma dei processi logici della nostra mente, almeno per quel tanto che la realtà può confermarli. Inoltre il concetto del diritto per la natura etica del diritto, non può non risentire l'influenza degli ideali etici, e perciò non può prescindere da un riferimento a questi ideali. Per quanto noi dobbiamo prescindere da ogni criterio di valutazione allorchè cerchiamo di determinare questo concetto, facendo appello ai soli processi logici, pure non possiamo disconoscere che il diritto è un prodotto della volontà e come tutti i prodotti della volontà, obbedisce anch'esso alla legge dei fini. Una determinazione del fine è perciò implicita nel concetto del diritto, quantunque in questo caso il fine venga riguardato da un punto di vista obbiettivo.

E così, lo studio fenomenologico del diritto, non può farsi prescindendo dal concetto del diritto, poichè esso implica sempre una selezione di dati fatti, di dati rapporti, di date cause da tutto il complesso degli altri fenomeni sociali e questa cernita non può esser fatta, se non con i criterî che ci fornisce il concetto. Anche perchè quei dati fatti non si sono svolti se non in funzione di certe concezioni del diritto. Ma d'altra parte essi, come atti umani, obbediscono anche all'ordine dei fini. Cosicchè la ricerca fenomenologica si trova in pari tempo legata con quella logica e con quella pratica. Mentre poi la ricerca pratica s'insinua in tutte le altre ricerche e costituisce come il faro che le illumina e segna d'altra parte, la via che devono seguire. Ma non può fare a meno dei sussidi, che esse le forniscono e deve necessariamente presupporle. Non tutte le aspirazioni della nostra coscienza sono in armonia con la realtà obbiettiva; occorre anche qui una cernita, che non può farsi, se non con la guida dei processi logici e con l'osservazione costante dei fatti della vita sociale.

La connessione è dunque intima fra questi tre ordini di ricerche e non potrebbe essere diversamente, poichè il diritto non è un prodotto della nostra coscienza e non può non riflettere l'unità dei nostri processi interni; la disciplina che vuole abbracciarlo nella sua totalità, non può essere vera scienza, se in tutte le parti della sua trattazione non è in grado di cogliere e di mettere in rilievo l'unità fondamentale fra tutti gli aspetti, sotto i quali lo abbraccia.

Bibliografia. — Ahrens, *Corso di diritto naturale*; Rosmini, *Filosofia del diritto*; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*; Fragapane, *Oggetto e limiti della filosofia del diritto*; Lasson, *Rechtsphilosophie*; Kohler, *Lerbuch der Rechtsphilosophie*; Le logiche del Mill, Wundt, Sigwart.

CAPITOLO II

Connessioni con le altre scienze.

SOMMARIO. — 7. Rapporti con la sociologia. — 8. Con la teoria generale del diritto. — 9. Con le altre discipline giuridiche. — 10. Con le discipline non giuridiche.

§ 7. — Il carattere e i compiti della nostra disciplina risulteranno meglio determinati da un breve esame delle connessioni con le scienze che presentano con essa una maggiore affinità. Questo esame, utile per tutte le discipline, è divenuto per la nostra in certo modo indispensabile, a causa delle confusioni e degli equivoci, che si produssero, allorchè, col sorgere del metodo storico e della filosofia positiva, col decadere delle vecchie dottrine sul diritto naturale, si suppose che la filosofia del diritto avesse oramai perduto ogni ragione di essere; o che i compiti di questa disciplina, o almeno quelli che ancora potevano rimanerle, avrebbero potuto essere assunti da altre scienze più giovani e più in armonia con i nuovi criteri scientifici e filosofici.

Due furono sopratutto le discipline che pretesero di sostituirsi alla filosofia del diritto o di assumere le funzioni: la *sociologia* e la *teoria generale del diritto positivo.* Dalla parte della sociologia le invasioni nel nostro campo apparivano più gravi a causa della varietà dei significati, che assunse questa disciplina e del carattere vago e invadente con cui si presentava; ma due concezioni dovevano sopratutto presentarsi come pericolose per l'autonomia o l'esistenza della filosofia del diritto quella di A. Comte e quella di Roberto Ardigò.

Il Comte, che si considera il fondatore della sociologia, almeno quale scienza autonoma, concepiva questa in un senso troppo comprensivo e caotico, quale uno studio del fenomeno sociale in tutte le sue complesse e molteplici manifestazioni. Così intesa, essa doveva assorbire tutte le singole scienze sociali, compresa la filosofia del diritto. Questa concezione, quantunque contraria, non solo ad ogni sano criterio di specificazione scientifica, ma anche al grado di sviluppo e di specificazione, cui erano pervenute alcune discipline sociali; trovò, sotto uno o sotto un altro aspetto, credito e seguaci, in conseguenza della stessa indeterminatezza di contorni e di contenuto, con cui quella disciplina veniva intesa.

Non è facile neppure ora dare un concetto chiaro di questa scienza, caduta ben presto in balìa dei dilettanti e divenuta in certo modo ricettacolo di geni incompresi e di fantastiche speculazioni intorno ai fenomeni sociali. Forse il concetto più esatto (ma non ben precisato) è quello che veniva indicato dal prof. Vanni, che considerava la sociologia come una scienza sintetica e coordinatrice, che si propone di ridurre a sintesi unitaria i risultati ottenuti dalle singole scienze sociali (1). Questa definizione del Vanni, non ha base scientifica, perchè la sociologia non è una *sintesi* degli altri fenomeni sociali, ma una scienza che studia il fenomeno fondamentale di tutti i fenomeni sociali. Se si prende in questo significato, la sociologia non fa perdere alla filosofia del diritto la sua ragione di essere e la sua indipendenza perchè la filosofia del sito non ha questo compito. Mentre d'altra parte la stessa filosofia del diritto può lasciare alla sociologia il compito

(1) *Prime linee di un programma critico di Sociologia,* Perugia 1888. Ristampato nei *Saggi di filosofia sociale e giur.* Inoltre *Lezioni di fil. del dir.;* Bologna, 1904, pag. 30.

di determinare certe connessioni fra il fenomeno giuridico quale fatto sociale e gli altri fenomeni del cosmo, per meglio concentrare le sue ricerche al diritto quale fenomeno delle convivenze; o può da essa attingere certi criterî di valutazioni, quali potrebbero essere forniti da una considerazione più vasta del fenomeno sociale. Per dominare la complessità e varietà del fenomeno sociale e per meglio penetrarne l'essenza, si può sentire il bisogno di una maggiore specificazione di ricerche filosofiche in questo dominio di rapporti, onde può ben concepirsi una scienza del diritto accanto a una filosofia della società.

Ma, comunque sia, noi non possiamo determinare con precisione i rapporti tra la filosofia del diritto e la sociologia sotto questo primo aspetto, poichè questa, dopo tanti tentativi, non è ancora riuscita ad affermare nettamente la sua individualità, i suoi compiti e la sua ragione di essere come disciplina distinta. Essa rimane sempre in balìa delle concezioni subbiettive.

Se non che la confusione fra la sociologia e la filosofia del diritto, si produrrebbe in modo parziale, se si accettasse la concezione di Roberto Ardigò, che assegna alla sociologia il compito di studiare il fenomeno della giustizia, come il fenomeno più eminente e più caratteristico delle convivenze sociali (1). In questo caso la non si tratterebbe propriamente di confusione totale, ma confusione parziale, perchè la giustizia è una base del diritto.

Ma per quanta importanza abbia il fatto della giustizia nelle convivenze umane, noi non possiamo affermare che essa sia il fenomeno sociale per eccellenza, al quale possano ricondursi tutti gli altri fenomeni. Nella

(1) V. *Morale dei positivisti e Sociologia.* Inoltre una lettera al prof. Groppali che quest'ultimo ha pubblicato nei *Saggi di Sociologia* (Milano 1889, pag. 101).

sua generalità esso è sempre un fenomeno specifico, legato da nessi molteplici ad un insieme di altri fenomeni, dai quali dipende, e sui quali, alla sua volta in vario senso reagisce. Se un fenomeno singolo deve essere preso di mira, quale predominante e caratteristico, perchè deve essere proprio quello della giustizia, e non il fenomeno religioso, o quello economico o quello morale. Non sono anche essi fenomeni, che si riscontrano in tutte le convivenze? Come vedremo in seguito, tutti i tentativi per ridurre i fenomeni sociali a un fenomeno tipico e considerarli in dipendenza di esso, quali sue dirette od indirette manifestazioni, sono destinati ad abortire a causa dell'interazione di quei fenomeni e della interferenza delle cause. Solo risalendo a un fatto d'indole psichica, quale, ad esempio, la credenza, si potrebbe raggiungere una spiegazione unitaria, poichè tutte le azioni sociali si svolgono sotto la sua influenza prossima e remota. Ma questa spiegazione è troppo generica ed ha sempre bisogno di essere integrata da spiegazioni e da ricerche specifiche, le quali devono essere assunte da discipline diverse.

Tutto ciò, indipendentemente dalla considerazione che il diritto non può ridursi al solo fatto della giustizia, nè la filosofia del diritto può restringersi alla sola spiegazione del fenomeno del diritto, poichè essa esplica anche un compito logico e un compito pratico, che la conducono necessariamente di là dal semplice fatto.

§ 8. — L'altra disciplina, con la quale la filosofia del diritto può confondersi ed è stata anche da alcuni confusa, è la teoria generale del diritto positivo. È una disciplina giovane, che si è formata sotto l'impulso di due correnti di pensiero provenienti dall'Inghilterra e dalla Germania. In Inghilterra, John Austin, ispirandosi all'indirizzo positivo di Bentham e sottoponendo ad analisi i principî e i concetti del diritto positivo, vide che si poteva costituire una scienza generale della giurispru-

denza fondandosi sui criterì e sugli elementi comuni al diritto dei popoli più progrediti. In Germania invece, dalle trattazioni generali introduttive del diritto, premesse ordinariamente allo studio del diritto privato e dalle trattazioni sommarie del diritto positivo fatte sotto il nome di *enciclopedie giuridiche*, scaturì la tendenza ad elaborare in una disciplina indipendente i principî comuni a tutti i rami del diritto. Adolfo Merkel, che diede per primo una forma più sistematica a questa nuova disciplina, ritenne insieme con altri, che oramai essa avrebbe potuto occupare il posto della filosofia del diritto, rimasto vuoto con l'abbandono del vecchio diritto naturale.

Le due correnti di pensiero possono completarsi e si può quindi concepire una teoria generale del diritto, la quale risulti dai principî comuni, non solo ai vari rami del diritto positivo di un medesimo Stato, ma anche ai diritti dei popoli civili più progrediti; tanto più che questi diritti si sono venuti elaborando più o meno sotto la comune influenza del diritto romano, o sotto l'azione di certe esigenze comuni in tutti i moderni popoli civili. Onde può venir fuori una scienza sintetica del diritto, che ha per base il diritto positivo quale si è delineato negli Stati civili moderni. Scienza utilissima e potremmo anche dire indispensabile nel nostro insegnamento ufficiale, come quella che costituisce la sintesi in tutte le singole discipline giuridiche e quindi il coordinamento di tutti gli studi parziali del diritto.

Ma questa scienza non può sostituire la filosofia del diritto ed assumerne i compiti, appunto perchè è una scienza del diritto e non una filosofia; o per meglio dire, è una scienza parziale e limitata e non una scienza superiore. Per quanto elevato sia il suo grado di generalità, essa rimane sempre una singola disciplina giuridica; e così dal punto di vista logico, non può elevarsi ad un concetto universale del diritto; dal punto di vista

fenomenologico, non può uscire da un esame puramente formale del fenomeno giuridico, quale si presenta in certe epoche soltanto del suo sviluppo e in certi ambienti determinati; mentre poi deve necessariamente interdirsi ogni ricerca di ordine pratico, in forza della sua stessa natura di scienza del diritto positivo. Essa studia il diritto quale è, quale si manifesta allo stato adulto presso popoli di sviluppo avanzato e non si preoccupa quindi del diritto quale deve essere. L'aver ritenuto possibile sostituirla alla filosofia del diritto, fu conseguenza di un grosso equivoco. Si credette che con lo scomparire di certe dottrine filosofiche intorno al diritto, fosse sparita la filosofia del diritto, cioè si confuse la filosofia con alcune dottrine filosofiche e non si pensò che un fatto simile, col progresso del sapere, si è verificato sempre nel dominio delle scienze. Quante dottrine fisiche, chimiche, biologiche non sono scomparse? E pure nessuno ha mai pensato a dichiarar sparite dal dominio del sapere la fisica, la chimica o la biologia, perchè ciascuna di queste scienze non può essere sostituita da scienze diverse. E così una filosofia non può essere sostituita che da un'altra filosofia. Essa, abbiamo detto, risponde a certe profonde esigenze del nostro spirito, le quali non possono essere soddisfatte dal semplice sapere scientifico, necessariamente limitato.

Ciò non toglie che possano intercedere dei nessi tra la filosofia e la teoria generale del diritto positivo. Essendo essa una scienza sintetica del diritto, può già offrire al filosofo una quantità di concetti e di principî sottoposti ad una prima elaborazione e dei quali perciò egli può giovarsi per le sintesi e le elaborazioni ulteriori; gli risparmia quindi quel primo lavoro di sintesi, che egli non potrebbe sempre fare con quella esattezza, precisione e competenza, che è propria del puro giurista. E l'importanza di tale contributo si comprende

facilmente allorchè si pensa che questa disciplina si riferisce proprio a quello stadio della vita del diritto, in cui esso presenta un massimo di complessità, onde diventa più ardua l'elaborazione delle sintesi e dei concetti, che si basano sui lati essenziali e fondamentali del fenomeno. E tali sintesi offrono poi il vantaggio di mettere in più chiara luce tendenze e caratteri, che nella loro pienezza appariscono solo nello stato adulto del diritto. Poichè, se è vero che certi caratteri del diritto possono meglio cogliersi nello stadio di semplicità, in cui apparisce nei primi gradi del suo sviluppo, è d'altra parte indubitato che allora il diritto non ha ancora avuto campo di manifestarsi in tutta la sua specifica natura. Finora si è troppo abusato del diritto dei popoli primitivi, confondendo così la genesi con la ricerca razionale del diritto.

La teoria generale del diritto può alla sua volta ricevere aiuti indispensabili dalla filosofia del diritto. Nelle sue costruzioni e nelle sue sintesi essa non può fare a meno dei principî e dei concetti, che possono esserle forniti dalla filosofia. Il diritto, in qualunque stadio del suo sviluppo, non è che un prodotto della coscienza e obbedisce perciò alle leggi del nostro spirito; è perciò nei criterî e nei concetti della nostra coscienza, quali soltanto la filosofia può mettere in rilievo, che può trovare il filo conduttore per procedere a quelle cernite d'idee, che le permettono di astrarre e di generalizzare e di cogliere quindi fra la ricca varietà dei rapporti, i lati essenziali che servono alle sue costruzioni. In altri termini, la teoria generale del diritto non può farsi senza certi processi logici e senza certi presupposti filosofici. Il giurista che crede di farne a meno, è come quel personaggio di una nota commedia del Molière, che aveva fatto della prosa per tutta la sua vita, senz'avvedersene.

§ 9. — La filosofia del diritto ha poi rapporti più

o meno diretti con le altre discipline giuridiche, politiche e sociali, essendo che nella sua parte fenomenologica, essa considera il diritto in rapporto con la vita sociale e rispetto alle cause storiche, le quali contribuiscono alla sua formazione.

Circa le discipline giuridiche, i suoi rapporti sono più diretti con quelle che hanno carattere più generale, come la storia generale del diritto e il diritto comparato. La storia del diritto le fornisce i materiali primi per lo studio della genesi e dell'evoluzione del fenomeno giuridico; mentre il diritto comparato le permette di cogliere i lati comuni, che quel fenomeno presenta presso i vari popoli e le varie razze. Ma il compito del filosofo non si deve confondere con quello dello storico e del cultore del diritto comparato. Il filosofo del diritto, come diremo meglio in seguito, studia la genesi e l'evoluzione del diritto nella sua forma generale e schematica, prescindendo dalle peculiarità caratteristiche di tempo e di luogo, con lo scopo di mostrare come il concetto del diritto si vada a poco a poco chiarendo e precisando e quindi attuando ed esplicando nella realtà, a misura che le coscienze si sviluppano e si determinano le condizioni propizie alla sua attuazione. E così egli si giova del diritto comparato per scoprire e mettere in rilievo certi lati comuni della coscienza umana e cioè certe comuni maniere di sentire e di percepire il diritto, che valgono a confermare l'universalità dei principî, che essa formula.

Si è parlato anche dei rapporti fra la filosofia del diritto e l'enciclopedia giuridica, siccome altra scienza generale del diritto. Fino a questi ultimi tempi non era stato possibile di fissare i caratteri specifici di questa disciplina. Sorta dal bisogno di determinare una sintesi fra i vari rami del diritto, essa si assunse anche il compito di servire come disciplina introduttiva o propedeutica per lo studio del diritto. Ma ora che il com-

pito sintetico viene assunto da una disciplina più rigorosamente scientifica, quale è appunto la teoria generale del diritto, non rimane più all'enciclopedia che il compito propedeutico di una disciplina elementare per gli esordienti e non può avere alcun rapporto diretto con la filosofia. Che se ancora si pubblicano sotto questo nome trattazioni, che esorbitano da questo compito, allora non sono più vere enciclopedie e, secondo il modo come ne esorbitano, acquistano carattere filosofico o di teorie generali del diritto.

Dopo la costituzione della teoria generale del diritto, i rapporti della filosofia con le singole discipline giuridiche sono diventati più indiretti. Ciò nondimeno la filosofia del diritto si trova ancora in connessione più intima con alcuni rami del diritto per ragioni speciali. Uno di questi è il diritto privato. Ragioni storiche e ragioni di ordine logico determinarono e mantengono un collegamento più intimo in questo caso. La filosofia del diritto sorse come dottrina del diritto naturale e questa dottrina, pur partendo dal concetto di un diritto assoluto e immutabile, determinato dalle leggi di natura o suggerito dalla retta ragione, veniva poi nel fatto costruita quasi esclusivamente sulle basi del diritto romano privato, che a causa del grado elevato di elaborazione, cui era pervenuto, si imponeva alle menti quale diritto perfetto.

Ma, indipendentemente da queste ragioni storiche, sta il fatto che il diritto privato costituisce la parte, diciamo così, più pura e più semplice del diritto, quello in cui l'elemento formale assume i caratteri più spiccati, onde meglio si presta a servire come di archetipo a costruzioni ideali. Cessata in gran parte l'influenza della prima causa, ora che le ricerche moderne hanno messo in luce sistemi di diritto così diversi, rimane, quantunque con azione più ristretta, quella della seconda. Certo, per cogliere meglio l'indole propria di un

dato fenomeno, occorre ricercarlo nelle sue manifestazioni più semplici; come per meglio determinare certi lati differenziali dei concetti, occorre ridurli alla loro più semplice espressione. Da questo aspetto l'ispezione del diritto privato può riuscire di molta utilità al filosofo. Ma non vi è dubbio che questa predilezione per il diritto privato può avere i suoi inconvenienti, quello sopratutto di dar troppo rilievo a certe manifestazioni del diritto a scapito di certe altre. E ciò può nuocere ad una concezione filosofica, che voglia adeguarsi alla realtà, massimamente in un'epoca in cui lo stesso diritto privato si va, per così dire, impregnando di elementi pubblicistici, a causa della solidarietà crescente degli uomini e della incessante complicazione dei rapporti sociali.

Un altro ramo del diritto con cui la filosofia del diritto si trova in più stretto contatto è il diritto penale, nella sua parte generale, per il rilievo che in esso acquistano i problemi attinenti alla responsabilità e alla sanzione, i quali interessano poi tutto il diritto. L'affinità ha anzi indotto i nostri cultori di diritto penale ad assumere per proprio conto la trattazione filosofica di tali problemi. Il carattere subbiettivo, che in questo campo acquista la responsabilità e la sanzione, conducono necessariamente all'esame di argomenti, che hanno una portata eminentemente filosofica, e che devono attendere dalla filosofia la loro definitiva soluzione, quale ad esempio, l'autonomia del volere, l'imputabilità, l'azione dei moventi, il carattere della sanzione, la sua ragione di essere e via discorrendo. Quivi la parte tecnica del diritto si trova più subordinata alla sua parte filosofica, e perciò che in questo ramo del diritto, più che in tutti gli altri, sentiamo parlare di scuole e d'indirizzi, che implicano diversi modi di concepire questi problemi fondamentali.

Finalmente non si può negare una connessione ancor

esistente tra la filosofia del diritto e il diritto internazionale. Questa connessione era molto intima allorchè il diritto internazionale si trovava ai primi stadi della sua formazione, tanto che quel diritto veniva trattato in connessione col diritto naturale, come indicavano i titoli stessi delle trattazioni: *jus naturae et gentium*. Se ne comprende facilmente la ragione: occorreva fissare i principî e i criterî, le norme di quel diritto e siccome tutto ciò non si poteva desumere dal diritto positivo, non ancora esistente, bisognava desumerlo dai fondamenti filosofici del diritto. Il diritto internazionale è figlio della filosofia più di quello, che non siano forse disposti ad ammettere i suoi attuali cultori. E il vincolo di filiazione, o almeno di parentela, non si è spezzato del tutto, anche nell'epoca attuale, in cui il diritto internazionale crede di avere pienamente affermato la sua positività. Molti dei suoi problemi, come quello della coattività, della forza obbligatoria dei trattati, il riconoscimento, ecc. (1), non possono risolversi senza certi presupposti filosofici. E ad ogni modo il carattere di generalità, che il diritto assume in questa categoria di rapporti, lo stato ancora incompleto delle sue costruzioni, quantunque notevoli siano i progressi in questi ultimi tempi, lo mantengono sempre vicino alla filosofia del diritto ed esposto anche maggiormente alle influenze benefiche o anche dannose delle dottrine filosofiche.

§ 10. — Oltre che con le discipline giuridiche, la filosofia del diritto si trova in contatto con la morale o con la filosofia morale. Con questa disciplina il contatto è assai intimo, a causa del carattere etico del diritto, e infatti il problema dei rapporti e delle differenze fra il diritto e la morale ha affaticato sempre la

(1) Si veda il mio articolo recente sul *Riconoscimento nel diritto internazionale*, nella Rivista di diritto internazionale. Si veda l'anno 1927 fasc. 2 la dimostrazione a p. 14.

mente dei filosofi quasi fin da quando si è cominciato a filosofare sul diritto. E ciò si comprende: al pari della filosofia del diritto anche la morale è una filosofia della condotta umana e la condotta umana non può essere che unica nella sua essenza. Non è qui il caso di arrestarci sulle differenze e sui rapporti fra queste due discipline, poichè su tale argomento dobbiamo ritornare più di una volta nel corso di questa trattazione; qui ci basta notare che la filosofia del diritto non può costruirsi che sulle basi della morale, poichè uno dei principî informatori del diritto è il principio di giustizia, principio essenzialmente etico e se il diritto si muove in un campo diverso dalla morale, ciò non significa che esso non abbia nella morale le sue ultime radici. Se in certe epoche storiche o presso certe scuole si è determinata una scissione fra la morale e il diritto, essa non è stata duratura, nè è mai riuscita ad affermarsi in modo definitivo, perchè in contrasto con la natura della nostra coscienza e con i fini ultimi, che il diritto si propone. Il diritto non può mai ridursi ad un puro meccanismo di formule e di comandi moralmente indifferenti, e ad un semplice tecnicismo di costruzioni, poichè si rivolge a coscienze ed è opera di coscienze, che solo per mezzo degl'ideali etici possono raggiungere piena unità ed armonia. Coloro che contrappongono diritto o morale, sono sotto l'influenza di un equivoco e non possono elevarsi a una vera filosofia del diritto.

Altri rapporti ha la filosofia del diritto con la politica. Essi vengono determinati, sia dal fatto che la politica studia alcune delle forze sociali, che conducono alla formazione dello Stato e quindi contribuiscono a dare positività al diritto; sia dall'altro fatto che la politica mette in rilievo quelle considerazioni di convenienza e di opportunità che hanno molta parte, come vedremo, nella formazione e nel funzionamento del diritto positivo. Una spiegazione perciò del diritto posi-

tivo dal punto di vista filosofico non può farsi senza un riferimento alle forze e alle cause politiche.

Un'altra disciplina, i cui rapporti con la filosofia del diritto devono attirare la nostra attenzione, è anche l'economia politica. In questi ultimi tempi tali rapporti hanno anzi acquistato una notevole importanza per l'affermarsi di una dottrina sociologica, che va col nome di *materialismo storico*, e mette il fatto economico a base di tutti i fenomeni della convivenza. Di questa dovremo occuparci in seguito, implicando esso una concezione d'insieme del fenomeno sociale e quindi del fenomeno giuridico e pretendendo darci una spiegazione completa e definitiva di tutti in genere i fatti della vita sociale. Il filosofo del diritto non può prescindere da un esame critico di tale dottrina, almeno per la parte che lo riguarda. Ma, indipendentemente dei risultati ai quali si può pervenire con una tale critica, non si può disconoscere che il fatto economico forma uno dei più importanti elementi del contenuto del diritto, non solo per se stesso preso, ma anche per i conflitti d'interessi, che esso genera o alimenta e che il diritto ha il compito di conciliare. Gl'interessi economici esercitano poi sempre una potente azione stimolatrice sulle forme e sui caratteri, che assume il diritto positivo. Onde non è possibile giungere ad una completa spiegazione fenomenologica della vita del diritto senza un debito apprezzamento dell'azione di questi interessi.

La statistica sociale pone in evidenza due fatti, che possono vivamente interessare la nostra disciplina: il fatto delle *medie* e il fatto delle *normalità della vita sociale*. Quando si pensa che la norma giuridica positiva procede per categorie costruite sul criterio delle medie a parte dal presupposto che i rapporti umani si svolgono secondo certe determinate leggi fenomeniche, si comprende subito il sussidio che questa disciplina

può apportare, non solo per la spiegazione del fenomeno giuridico, per lo studio della sua genesi e del suo funzionamento effettivo; ma anche per la determinazione di certi criterî logici e metodologici indispensabili come guide in questo campo di ricerche.

Due discipline (o meglio due parti di una medesima disciplina) presentano in fine attinenza molto intima con la nostra, quantunque tale attinenza non sia stata apprezzata in tutta la sua importanza se non in questi ultimi tempi; vogliamo parlare della psicologia individuale e della psicologia sociale. Il diritto è un prodotto umano ed ha per soggetto e per oggetto immediato l'uomo, quale essere capace di pensare, di sentire e di volere; esso ha perciò la sua radice prima nella coscienza dell'individuo umano ed agisce sulle coscienze come un motivo dell'operare. Onde non può pienamente comprendersi se prima non si comprende la natura di questa coscienza, se non si conoscono i processi che vi si determinano, le leggi, secondo le quali si producono o si sviluppano. Alla psicologia noi dobbiamo far capo per la soluzione di una quantità di problemi filosofici, come anche per spiegarci una quantità di dottrine erronee, che pure ebbero od hanno seguito, quali il vecchio diritto naturale, le dottrine utilitarie, il positivismo empirico, il materialismo economico. Gli errori filosofici sono spesso dovuti a una incompleta percezione della nostra psiche, e al prevalere di certe tendenze, che questa incompleta percezione alimenta o impedisce di valutare.

Ma il diritto, nella sua realtà obbiettiva, non è il prodotto dell'uomo isolato, sì bene dell'uomo vivente in una collettività di uomini, e si plasma negli attriti della vita sociale, come in essa si plasma tutto ciò che è umano, a cominciare dalla stessa coscienza; se non in tutta la sua natura, almeno nel suo sviluppo e nelle sue manifestazioni. Onde si presenta la necessità

di conoscere il modo di formazione e di sviluppo della psiche collettiva a fine di tenerne conto quando si tratta di determinare la formazione della positività del diritto. Avremo infatti occasione di notare come il diritto positivo, in tutte le sue manifestazioni, si colleghi a certe forme di comuni credenze e trovi, in ultima analisi, in esse la forza per farsi valere e per esercitare il suo compito regolatore nelle società umane.

CAPITOLO III

Il metodo.

Sommario. — 11. I due procedimenti logici. — 12. Nel dominio delle scienze sociali — 13. Nella filosofia del diritto.

§ 11. — Il metodo è il procedimento logico di cui la nostra mente si serve per scoprire la verità, o per dimostrarne il fondamento o per coordinare e sistemare le verità conosciute o scoperte. Onde può essere metodo d'invenzione o di prova o di sistemazione di un insieme di principî o pure di una disciplina. Qualunque sia per altro lo scopo che la mente si proponga nell'intraprendere le sue ricerche, essa può procedere per due vie: o può partire dai fatti singoli per giungere alla determinazione di un principio o di una legge: o può partire da un principio o da una legge per giungere alla spiegazione dei fatti singoli. Nel primo caso il metodo è detto *induttivo;* nel secondo, è detto *deduttivo.*

Tali denominazioni e distinzioni non devono trarci in inganno, poichè, nella nostra mente i due processi non si svolgono, nè possono svolgersi in modo separato,

ma sono strettamente congiunti e fra loro interdipendenti, per guisa che non costituiscono, come si era creduto, due metodi separati, ma piuttosto i due aspetti di un metodo unico nella sua essenza. Infatti, quando noi procediamo alla ricerca o alla prova di una verità, operiamo quasi contemporaneamente per induzione e per deduzione, per sintesi e per analisi e non possiamo assolutamente prescindere dall'una o dall'altra. Se dai fatti singoli vogliamo giungere alla determinazione di una legge o di un principio generale, abbiamo già nella nostra mente una intuizione sintetica, chiara o confusa, dell'una o dell'altro, o pure ci formiamo una sintesi, un principio provvisorio di spiegazione, sotto forma d'ipotesi. Per servircene come di guida per le nostre ricerche. Senza questa guida, la nostra ricerca non approderebbe a nulla di concreto e di decisivo, sarebbe un insieme di tentativi disordinati ed infruttuosi, perchè, nella realtà obbiettiva, i fatti ci si presentano in modo incoerente e complesso, congiunti da rapporti di vario genere e di varia importanza. Per scoprire o per provare una qualche cosa noi dobbiamo fare necessariamente una cernita, dobbiamo cioè scegliere fra tutti i fatti e i rapporti, quelli soltanto che possono servire al nostro assunto. E come possiamo procedere a questa scelta senza criterio preliminare, senza una intuizione, per quanto vaga, del principio di spiegazione, secondo il quale quei fatti dovrebbero collegarsi, senza cioè un qualche criterio di scelta, sia pur provvisorio? Perciò avviene che in tutti i ragionamenti che facciamo sui fatti, continuamente distinguiamo, scegliamo, eliminiamo, ritenendo quei fatti e quei rapporti, che sono nell'ordine delle sintesi precedenti e concentrando soltanto su di essi tutta la nostra attenzione; mentre per il momento trascuriamo tutti gli altri fatti e tutti gli altri rapporti, che sembrano estranei a quel dato ordine.

Ma, d'altra parte, le sintesi, da cui parte la nostra

mente, e che si presentano sotto la forma di principii, di leggi e d'ipotesi, sono, alla loro volta, il prodotto cosciente o incosciente di precedenti induzioni (prodottesi, s'intende, secondo le leggi del nostro pensiero). Se non fossero, almeno in parte, ottenute col concorso di esperienze anteriori, non potrebbero servirci di base per la spiegazione delle nostre esperienze presenti, sarebbero qualche cosa di totalmente diverso dai fatti e non potrebbero adeguarsi alla realtà. Queste sintesi sono in certo modo come dei magazzini in cui sono racchiuse le nostre nozioni delle cose. Noi non possiamo estrarre da esse, se non ciò che in esse è contenuto e ciò che la nostra mente vi ha posto col sussidio dell'esperienza.

I due metodi adunque si presuppongono, sono come le funzioni di un solo metodo, o per meglio dire, i due aspetti di un processo fondamentalmente unico della nostra mente. Onde non possiamo dire che una data disciplina si debba studiare esclusivamente col procedimento induttivo o con quello deduttivo, poichè ognuna fa sempre uso, più o meno, dell'uno e dell'altro. Ma ciò non toglie che l'uno o l'altro possano avere diversa prevalenza nelle varie discipline e in questo senso soltanto si può parlare di scienze induttive e di scienze deduttive. In genere più una scienza è progredita, più tende ad acquistare unità e carattere sintetico e può quindi essere studiata con metodo deduttivo. Nella filosofia poi, che è scienza eminentemente sintetica, il metodo deduttivo acquista una decisiva prevalenza.

Perchè poi i due procedimenti si possano condurre alla scoperta o alla prova della verità, bisogna che si coordino sempre o si tengano sempre in contatto con la realtà delle cose e con le leggi della nostra mente. Onde, l'induzione deve prendere i fatti così quali sono e non quali ce li presentano i nostri pregiudizi o le nostre idee preconcette e cogliere quelle somiglianze e

quelle analogie, che quelli effettivamente presentano, conchiudendo solo entro i limiti che esse possono autorizzare. La deduzione deve partire da principi dimostrati o capaci di dimostrazione, che abbiano il loro fondamento primo in verità per se stesse evidenti o siano il risultato di precedenti induzioni, rigorosamente condotte e tali, da reggere alle ulteriori prove dei fatti. Onde, deve escludersi ogni principio fondato sulle astrazioni fantastiche della nostra mente, ogni ragionamento *a priori*, che parta da preconcetti, da criteri puramente subbiettivi, da ipotesi non verificate o non verificabili.

Ma qui bisogna intendersi. È un errore ritenere che l'*a priori* debba sparire dal dominio della scienza e della filosofia, come sostengono alcuni indirizzi filosofici. Nessuna disciplina potrebbe costituirsi su basi scientifiche senza l'aiuto del procedimento *a priori;* e tanto meno si potrebbe avere una vera filosofia qualora si volesse prescindere da certe sintesi *a priori* della nostra mente e da certe intuizioni, sulle quali si basano certi principî fondamentali. Anche queste sintesi fanno parte della realtà, poichè si producono nel nostro spirito, sono una conseguenza della sua stessa struttura, del suo modo di essere e di funzionare. Noi non possiamo fare della vera filosofia, se escludiamo una parte della realtà, la parte più intima e in certo modo fondamentale, quella cioè che ci proviene dalla nostra stessa coscienza. Senza l'aiuto dell'*a priori* noi non potremmo comprendere la realtà obbiettiva, non potremmo adeguarci ad essa: perchè, a fine di comprenderla nella sua immensità e varietà, in tutta la molteplicità degli aspetti, che ci presenta, noi siamo continuamente costretti a scegliere, ad eliminare, a circoscrivere. E per procedere a questo lavoro di selezione, noi dobbiamo affrontare la realtà con un piano prestabilito.

La realtà da sè sola non parla, non ci rivela le sue

leggi, siamo noi che dobbiamo interrogarla, che dobbiamo in certo modo farla parlare, con un sistema di interrogazioni, che abbiamo già dovuto stabilire nella nostra mente. E da questo sistema d'interrogazioni e di risposte viene fuori un piano, una costruzione schematica, con la quale possiamo rinvenire la spiegazione che cerchiamo, il principio, la legge, che vogliamo scoprire. Sicchè tutte le costruzioni scientifiche e filosofiche sono in fondo costruzioni ideali, basate su certi principî *a priori*, che noi abbiamo scelto provvisoriamente e che vennero imposti dalla funzione sintetica della nostra mente. Queste costruzioni *a priori* sono pienamente legittime se riproducono un aspetto della realtà o trovano in essa la loro conferma, una conferma proporzionale alla natura di ciascuna.

Bisogna perciò distinguere un *a priori* legittimo da un *a priori* illegittimo. Il primo guida alla ricerca della realtà, perchè esso stesso ne fà parte; il secondo svia e conduce alle costruzioni cervellotiche, alla pseudo-scienza o alla pseudo-filosofia, perchè è una fantasticheria della nostra mente, e non trova alcuna conferma nei fatti, o non è in armonia con le leggi del nostro spirito, con i principî che devono guidare la nostra conoscenza.

§ 2. — I due procedimenti acquistano poi caratteri speciali nel dominio delle scienze, che hanno per obbiettivo la società umana, in conseguenza della complessità e variabilità che il fenomeno assume in questo caso e dell'influenza, che vi acquista la causalità psichica. Onde, in primo luogo, i rapporti fra i due processi devono in tal caso divenire, a così dire, più intimi, perchè ivi più di frequente l'induzione deve integrarsi con la deduzione e questa deve appoggiarsi sui procedimenti induttivi. Inoltre, la deduzione viene qui adoperata sotto quella forma che i logici chiamano *metodo deduttivo inverso* o *deduzione storica*, la quale

consiste nell'accertare prima di tutto il fatto di cui si vuol rinvenire la causa o l'insieme delle cause e nel procedere quindi alla interpretazione deduttiva. Nel cercare questa interpretazione si fa largo uso di quelle costruzioni ideali, con le quali si cerca di eliminare con la mente l'azione delle cause perturbatrici, a fine di cogliere o di determinare possibilmente, nella sua purezza, l'azione delle cause specifiche o dirette. E siccome questa eliminazione non è sempre possibile a causa dell'intreccio intimo e della complicazione dei fenomeni, che sfidano alle volte ogni nostra potenza di analisi; e siccome, nella realtà i fenomeni non si mostrano mai in quello stato d'isolamento, in cui noi li collochiamo nelle nostre costruzioni mentali, così in tale dominio di rapporti, le leggi non possiamo indicarle se non sotto forma di tendenze.

In questa zona di rapporti bisogna poi tenere sopra tutto conto del fatto che essi si svolgono sotto l'azione di fattori psicologici. Fra questi esercitano maggiore influenza: il fenomeno della sintesi psichica, per cui gli elementi psichici, combinandosi, danno origine a prodotti nuovi, qualitativamente diversi dagli elementi, che concorrono a determinarli; il fenomeno della eterogenesi dei fini, per cui i fini continuamente si spostano e si modificano, onde i mezzi raggiungono effetti diversi a quelli, ai quali erano primitivamente rivolti, o pure si trasformano alla loro volta in fini essi stessi; finalmente il fenomento dei contrasti psichici, per cui la corrente del sentimento tende a passare fra stati opposti: amore, odio, piacere, disgusto, ecc., e determinano nella vita dell'individuo tanti cambiamenti di opinioni e di condotta. Le due ultime categorie di fenomeni sono una conseguenza della prima o piuttosto maniere di manifestazione delle sintesi, che si producono nella nostra coscienza. Senza un debito apprezzamento di questi fatti non è possibile di assurgere ad

una spiegazione integrale dei fenomeni della convivenza, poichè questi sono sempre il prodotto di coscienze umane e sono fatti sociali di quanto e per quanto sono fatti psichici.

Ma, d'altra parte, le leggi psichiche non operano nella convivenza umana in maniera del tutto identica a quella con cui operano in una coscienza singola; esse possono venire in vario senso modificate dall'attrito fra le coscienze. Onde la necessità che la psicologia individuale si allarghi in una psicologia sociale, le cui conclusioni possono servire quali altri punti di partenza per la deduzione di questo dominio di ricerche.

Alla sua volta, anche l'induzione presenta caratteri suoi propri di queste discipline, cioè anche essa assume il carattere della storicità, quindi d'induzione storica. Il suo naturale punto di partenza deve essere l'osservazione del fatto su di una scala assai larga, poichè quivi il fatto non ha il carattere tipico, che assume nei fenomeni fisici, ma si presenta in tutta la sua individualità; quindi con aspetti mutevoli, che non si ripetono mai in modo identico. Da qui la necessità di due forme di osservazione, l'osservazione in massa e quella comparata. Con la prima si cerca di mettere in rilievo le somiglianze e le differenze quantitative, con la seconda quelle qualitative. La comparazione serve inoltre quale mezzo d'integramento allorchè, come spesso avviene, non è possibile osservare in un luogo e tempo determinato tutti gli aspetti del fenomeno. È così essa assume il carattere di una specie di esperimento; è l'esperimento quale può prodursi rispetto a questi fenomeni. Se noi non possiamo variare ad arbitrio gli avvenimenti e le condizioni, in cui si verificano, la storia s'incarica di variarli per conto nostro, onde ci diventa possibile di cogliere le differenze che presentano i medesimi fatti o fatti simili, sotto l'azione di cause diverse e in ambienti diversi.

La comparazione può anche esorbitare dal dominio delle stesse convivenze umane e condurre alla determinazione di analogie col mondo dei fenomeni biologici. Le analogie di questo genere hanno talmente colpito la fantasia dei pensatori fin dall'antichità, che lo Stato venne paragonato a un uomo in grande e in seguito la società venne considerata quale un organismo simile a quello biologico e si credette quindi di potere interpretare e spiegare i fenomeni della vita sociale con le leggi che regolano i fenomeni biologici. Questo metodo ha dato origine, nel passato secolo, a grandi esagerazioni, che non solo sono state infeconde per le scienze sociali, ma hanno fatto perdere addirittura di vista i caratteri specifici del fenomeno sociale, esercitando una azione sviatrice e perturbatrice.

§ 13. — La filosofia del diritto non ha un metodo suo proprio di prova e di ricerca, essa si serve dei metodi, che abbiamo indicato; ma, nel servirsene, li adatta alla natura delle sue ricerche. Essa adopera, tanto il procedimento induttivo, quanto quello deduttivo; ma, quale filosofia, essa è prevalentemente deduttiva e perciò deve a preferenza basarsi sulla deduzione. Ciò non toglie che l'induzione possa acquistare importanza nella parte fenomenologica, allorchè essa studia il fenomeno giuridico in rapporto col fenomeno sociale e cerca determinare il suo modo di formazione e di sviluppo nella vita della convivenza. In questo caso occorre esaminare come si determina la congiunzione dei due elementi del diritto, cioè l'elemento formale che ne costituisce il lato caratteristico e quello materiale, che ne costituisce il contenuto. Abbiamo allora forme diverse di combinazioni, varie nei diversi tempi e paesi, abbiamo tutta la ricca proteiformità della vita del diritto, che va, innanzi tutto, osservata nella sua realtà obbiettiva, per potere poi assurgere alle vedute sintetiche, le quali ci permettano di collegarla con le

leggi di causalità sociale e psichica e quindi con i fini ultimi della nostra condotta.

Con la questione del metodo è connessa la questione dell'indirizzo filosofico, poichè il metodo è come un istrumento che non si può far funzionare in diversa guisa, secondo che diverse sono le vedute filosofiche di colui, che se ne serve. Ora, secondo il nostro modo di vedere, la filosofia del diritto, essendo una filosofia della condotta umana, non può essere studiata senza la concezione di un ordine di fini in connessione con un ordine di cause. Il primo è dato dalle nostra coscienza, il secondo è dato dalla realtà obbiettiva. Noi non possiamo spiegare nessuna forma di condotta e neppure quindi il diritto, se non partiamo dal presupposto di questi due ordini e dalla possibile connessione fra l'uno e l'altro. Sono due ordini, uno esistente nella coscienza, l'altro nel mondo dei fenomeni, così, come si presenta alla nostra coscienza: l'uno come un ordine che deve attuarsi secondo il modo come impongono il principio di giustizia e il principio di utilità, nel senso etico, l'altro come un ordine già attuato. Questi due ordini devono potersi adeguare l'uno all'altro, altrimenti non sarebbe concepibile e attuabile nè un adattamento della coscienza alla realtà, nè un adattamento della realtà alla nostra coscienza. Noi non potremmo avere una forma qualunque di condotta e neppure potremmo pensarla. Il modo come vi si adeguano nel dominio del diritto costituisce in ultimo la ricerca fondamentale della filosofia del diritto a traverso i suoi tre compiti precipui.

Ma come è possibile l'adeguazione di questi due ordini, che pure si presentano in modo così diverso e spesso in conflitto fra di loro? Essi non possono adeguarsi l'uno all'altro se non in quanto sono due diversi modi di essere di una realtà unica nella sua essenza o due diverse rivelazioni di essa. Questo è il presup-

posto da cui dobbiamo partire in tutte le nostre speculazioni sul diritto, un presupposto per sè stesso indimostrabile, ma che ci viene continuamente suggerito dalla nostra esperienza interna ed esterna, dal modo stesso come la nostra mente ragiona e può ragionare.

Questo indirizzo noi possiamo chiamarlo positivo con maggior ragione di quello seguito dai positivisti, poichè basato sull'esperienza intesa nel senso più largo e più filosofico. Ma non è puro idealismo, poichè non disconosce il compito importante dell'esperienza, la parte che essa deve sempre avere nelle nostre costruzioni mentali e poichè non ammette che il reale sia un semplice prodotto della nostra coscienza. E d'altra parte non è neppure semplice empirismo, perchè la realtà non può essere compresa se non passando a traverso la nostra coscienza. Noi non facciamo questioni di nomi, i nomi possono essere ingannatori e possono facilmente trasformarsi in bandiere di scuole unilaterali, di credi ristretti, incapaci di comprendere tutta l'immensa e complessa varietà del reale.

PARTE I

IL CONCETTO DEL DIRITTO E IL DIRITTO OBBIETTIVO

CAPITOLO I

Il concetto filosofico del diritto.

§ 14. — La determinazione del concetto del diritto è di capitale importanza nella nostra disciplina, non solo perchè è concetto fondamentale e quindi dalla determinazione di esso direttamente o indirettamente dipende la soluzione di tutti i problemi che mano mano ci si presentano intorno al diritto; ma anche perchè, dopo tanti secoli che si fa della filosofia intorno al diritto, i cultori della nostra disciplina non sono ancora riusciti a mettersi d'accordo intorno a tale concetto. E del diverso modo di concepire il diritto derivano poi tante divergenze di opinioni e di dottrine e anche tanti equivoci e tante incertezze, che incessantemente rinascono, quando parevano superate.

Il concetto che noi qui cerchiamo, non è il concetto

empirico del diritto, del diritto come si manifesta effettivamente nei vari rami della giurisprudenza, come si è rivelato nei vari tempi e luoghi; e neanco il concetto scientifico che ci può esser fornito da una scienza generale del diritto, quale la teoria del diritto positivo. Il concetto che noi cerchiamo è il concetto filosofico del diritto, il quale non ci può essere fornito da vedute parziali o da parziali generalizzazioni della realtà, come sono quelle, che ci provengono dalle singole discipline giuridiche. Esso deve essere un concetto universale ed assoluto, indipendente quindi da condizioni specifiche e tale da potere abbracciare il diritto sotto tutti i suoi aspetti, in tutti i tempi e luoghi, non solo come si è rivelato nella realtà obbiettiva, ma anche quale si presenta alla nostra coscienza. Se noi non prescindiamo dalle manifestazioni specifiche e variabili, viene a mancare al nostro concetto la nota della universalità; e così esso cessa di essere un concetto assoluto se lo pensiamo in connessione con determinate condizioni storiche e sociali.

Ciò non significa che il nostro concetto debba essere campato in aria e si riduca a una fantasticheria della nostra mente; esso deve pur sempre essere basato sulla realtà e trovare in questa il suo definitivo punto di arrivo; ed anzi avrà tanto maggiore valore filosofico, quanto più potrà essere riflesso dalla realtà e trovarsi in armonia con essa. Ma, per quanto si basi sulla realtà, deve essere sempre una costruzione della nostra mente, cioè, ideologica avente contenuto universale, e perciò non può prevedere la realtà in tutte le sue complesse e mutevoli manifestazioni; si bene deve astrarre da essa quelle manifestazioni essenziali, quegli elementi immutabili, che ne costituiscono la base ultima, il nócciolo, a così dire, intorno, al quale si svolgano e dal quale derivano tutte le manifestazioni accidentali e mutevoli. E questi elementi noi dobbiamo

mettere insieme, con un procedimento *a priori* della nostra mente, poichè essa soltanto ci può fornire i criteri per procedere a una tale costruzione.

Noi non possiamo cercare nella realtà il concetto del diritto, se non abbiamo già nelle nostra mente un embrione di questo concetto, un criterio preliminare per scegliere gli elementi, onde questo concetto deve essere costituito. Ma, d'altra parte, noi non potremmo costruire il nostro concetto, se quegli elementi non esistessero nella realtà. In questo caso, il nostro concetto sarebbe puramente fantastico. Del resto consciamente, o inconsciamente, facciamo sempre questo, allorchè procediamo a determinare i nostri concetti delle cose. Da un concetto embrionale noi arriviamo al concetto completo, con l'osservazione e l'esame della realtà.

Il nostro concetto del diritto deve essere, abbiamo detto, un concetto universale. Questo universale dovrebbe venire dai due fattori, che contribuiscono a determinarlo e cioè la realtà é la nostra mente. Non sarebbe universale, se i caratteri distintivi del diritto, quali vengono fissati dal nostro concetto, non si riscontrassero dovunque, in qualunque manifestazione del diritto, non solo in quelle attuali o attuate, ma anche in quelle possibili. Il concetto filosofico del diritto non comporta eccezione, una sola eccezione può implicare che quel concetto non è esatto, cioè non è vero concetto. E non può infatti comportarne, perchè se si riferisce effettivamente alla essenza della cosa, deve essere della stessa natura di essa, cioè immutabile.

Ma non sarebbe neppure universale se noi potessimo pensarlo in maniera diversa, in diversi momenti, ciò che del resto implicherebbe una contraddizione. Noi non possiamo avere nel medesimo tempo due diversi concetti intorno a una medesima cosa e questo infatti accadrebbe se noi potessimo pensare in maniera diversa una delle note, che caratterizzano il nostro concetto.

Esso deve quindi conformarsi alle leggi stesse del nostro pensiero.

§ 15. — Dopo queste spiegazioni preliminari possiamo definire il diritto come un *ordine coercibile dell'attività umana secondo un criterio di giustizia.* Ogni azione umana, pur essendo unica nella sua essenza, presenta due aspetti, secondo che si considera rispetto alla coscienza stessa dell'individuo, onde proviene o pure si considera rispetto alle azioni degli altri individui con i quali l'individuo entra in rapporto (1).

Considerata sotto il primo aspetto si hanno le vere forme pure dell'attività, determinate dai fini dell'operare. L'attività è allora attività subbiettiva, incapace di ricevere una disciplina obbiettiva, perchè non può essere valutata, se non in rapporto alle intenzioni dell'agente, dei fini, che determinano la sua condotta. È il fine che dà valore all'atto, in genere, alla forma di attività e perciò, non può avere una vera e propria norma, in questo dominio, più che vere norme, si hanno forme di volizione. In tal senso potrebbe intendersi la distinzione fra atti interni e atti esterni.

Considerata sotto l'altro aspetto, cioè sotto l'aspetto di attività esterna, può essere sottoposta ad una regola, ad una disciplina obbiettiva, indipendente dal modo di pensare e di sentire degli individui, che devono assoggettarvisi e perciò indipendentemente dai motivi, che possono indurre gli individui ad osservarla, purchè, in questo caso, la regola prende tutto il suo valore dal fatto dell'osservanza. Esso vuole una conformità di atti

---

(1) A questo punto, nella prima edizione, alla pagina pag. 51 e seguente, si verificò uno spostamento nelle righe stampate, dovuta non so a quali cause e che mi sfuggì nelle correzioni, che mi faceva dire, rispetto a queste distinzioni, tutto l'opposto di quello, che dovevo dire. In questa seconda odizione, le cose sono state messe a posto.

e non si preoccupa di ottenere una conformità d'intenzioni.

Certo non è del tutto indifferente di fronte a una uniformità d'intenzioni, sia perchè essa si rivolge ad uomini e non ad automi e quindi, ad esseri, che si muovono in forza di una autonoma volontà; sia perchè una uniformità di atti non si può ottenere senza l'intenzione. Ma l'intenzione non viene allora considerata, se non dal punto di vista di questa uniformità di atti ed acquista valore solo quando a questa si riferisce. Perciò, essa non viene ricercata, se non per dare una spiegazione dell'atto, allorchè questo si presenta incerto od equivoco; o pure, per cercare una spiegazione della non conformità dell'atto alla regola, a fine di valutare la portata e la ragione della non osservanza. Questa disciplina dell'attività, considerata obbiettivamente, nei rapporti fra gli uomini, è appunto il diritto, o per meglio dire, costituisce uno dei caratteri del diritto.

§ 16. — Il diritto adunque presuppone in questo senso un ordine esterno di rapporti, il quale appunto perchè esterno, è ordine coercibile, cioè capace di ricevere una esterna coazione. La coercibilità implica per sè stessa l'esteriorità e perciò di questo carattere non abbiamo fatto cenno nella definizione. Una intenzione non è coercibile, perchè non può essere costretta da una forza che provenga dal di fuori e inoltre perchè si snatura ricevendo l'azione di questa forza. Certo, anche la coazione non può operare sulla coscienza, se non trasformandosi in motivo dell'operare, ma essa non è motivo autonomo, cioè prodotto spontaneo dalla stessa volontà; è invece motivo eteronomo, estraneo alla volontà e non può quindi provocare una volizione spontanea. Dicendo perciò ordine coercibile, noi diciamo implicitamente ordine di rapporti presi indipendentemente dai fini dell'operare.

La coercibilità è poi una nota indispensabile nel concetto del diritto, poichè non può ottenersi disciplina di rapporti esterni senza una forza che valga a mantenerla. Una convergenza di atti può certamente ottenersi in modo spontaneo, ma questo è fatto che si verifica raramente e non offre garanzie di durata e può prodursi e può non prodursi; l'idea di ordine esterno invece presuppone che esso debba prodursi sempre, o che almeno tendi sempre a prodursi; esso perciò non può essere concepito, se non rispetto ad una forza capace di renderlo possibile e di conservarlo. Ecco perchè si dice che il diritto è, per sua natura coattivo. Ma, nel concetto filosofico del diritto, la coazione non può presentarsi come un fatto, essa è semplicemente una possibilità, come è una possibilità l'ordine, che noi concepiamo con la nostra mente. In questo caso quindi non possono entrare in discussione tutte quelle questioni che si fanno, in questo o in quell'altra parte del diritto, rispetto a questo o quell'altro rapporto singolo, perchè tali questioni trovano il loro posto, quando si tratta del diritto in concreto, del diritto come fenomeno. Nel concetto filosofico, la coazione si presenta quale una semplice possibilità e per essere possibile, basta che l'atto e il rapporto siano di tal natura da rendersi capaci di ricevere una costrizione esterna, cioè, proveniente da una volontà diversa, da quella, che opera a produrre l'atto. E questo è infatti ciò che si può verificare per la natura stessa dell'ordine implicato nel concetto del diritto. Essendo ordine esterno, esso è capace di ricevere coazione. Sicchè le due idee di ordine esterno e di ordine coercibile, si presuppongono.

Ma, che cosa bisogna intendere per coazione? Dal punto di vista puramente concettuale, la coazione non è che una cosciente reazione esterna, a servizio dell'ordine giuridico, che agisce sulla volontà, in quanto

può trasformarsi in motivo dell'operare. Non ogni forma di reazione costituisce quindi coazione giuridica. Le reazioni, ad esempio, che provengono dalla natura, possono si indurre a determinare una convergenza di atti, come, ad esempio, avviene, per uscire dall'astrazione, allorchè un comune disastro induce gli uomini ad aiutarsi reciprocamente; ma queste non sono certamente forme di coazione giuridica. Per assumere questo carattere essa deve essere una reazione cosciente; cioè prodotta da volontà umane; con ciò escludiamo anche le reazioni provenienti dagli animali. Anche queste reazioni possono determinare comportamenti convergenti possono cioè operare una disciplina di atti fra gli uomini; ma esse non entrano nella categoria della coazione giuridica, perche non sono pienamente coscienti e non possono perciò essere rivolte alla permanente determinazione di un ordine di atti umani e alla conservazione di esso; e inoltre, perchè l'ordine, di cui ci occupiamo, è ordine umano e non può trovare che in sè stesso la sua vera ragione di essere. Finalmente, non tutte le forme di reazione cosciente entrano nella categoria della coazione giuridica, ma quelle soltanto che si esplicano con lo scopo di mantenere l'ordine giuridico.

Da un punto di vista puramente filosofico noi non possiamo pervenire a un concetto più preciso o meglio determinato della coazione giuridica. Ogni maggiore determinazione ci porterebbe nel dominio empirico del fenomeno dei casi singoli e farebbe perdere al nostro concetto il carattere dell'universalità. La coazione quale noi possiamo qui considerarla, non può essere che la possibilità della reazione rivolta al mantenimento dell'ordine giuridico. Quando parleremo del diritto positivo, metteremo in rilievo le sue forme concrete.

§ 17. — Finora abbiamo parlato di ordine coercibile, ma non abbiamo ancor detto secondo quale cri-

terio quest'ordine può stabilirsi. Ogni ordine di atti suppone una disposizione di atti organizzata in un certo modo, secondo un certo criterio e per il raggiungimento di un dato fine. L'ordine, che qui si presenta, non è un mero ordine fisico di coesistenza, o di successione, ma è un ordine di attività umane, quindi non può essere che un ordine determinato da umane volontà e le volontà si muovono secondo certi criterii e per il raggiungimento di dati fini. Dunque dobbiamo trovare il criterio al quale s'ispira quest'ordine. I criterii, che possono informare un ordine di attività umane, possono essere di diverso genere, ma, in fondo, possono ridursi a due fondamentali, il criterio dell'utile e il criterio del bene e cioè il criterio etico. Il criterio dell'utile non ci permette di pensare a un ordine permanente, quale è quello, che si presenta, allorchè vogliamo riferirci al diritto. I due concetti di ordine utile e di ordine permanente, sono inconciliabili, quando l'utile venga preso nel senso economico, e quindi rivolto al bene comune.

E ciò ci riconduce a riconoscere che il vero criterio che può suggerire e generare il diritto, è il criterio del bene, quindi il criterio etico. Se non che, dovendo esso riferirsi ai rapporti umani, obbiettivamente ed esternamente considerati, non si può presentare, se non come un criterio di eguaglianza proporzionale di rapporti, cioè come il bene attuabile per mezzo del riconoscimento di ciascuna attività proporzionatamente al suo valore di fronte alle altre attività, in altri termini, secondo un criterio di giustizia.

Il criterio adunque secondo il quale possiamo pensare determinato quest'ordine, è il criterio di giustizia. Non è il solo criterio, se consideriamo il diritto nella realtà empirica, come avremo occasione di vedere in seguito, ma è il criterio fondamentale, quello soltanto che ci può interessare dal punto di vista filosofico.

Esso è criterio universale, perchè non è concepibile rapporto umano che non possa distinguersi in base a questo criterio delle due categorie di rapporto giusto o rapporto ingiusto; perciò abbraccia l'attività umana sotto tutte le sue manifestazioni esterne; ma l'abbraccia sempre dall'aspetto di una proporzionale eguaglianza di valori etici e perciò l'ordine che da questo criterio proviene può distinguersi da qualunque altro ordine.

Esso ne dà anche implicitamente la giustificazione e la ragione di essere. Infatti è giustificato per se stesso, in quanto è ordine secondo giustizia e si presenta come necessario ed assoluto, perchè s'informa ad un principio etico. L'ordine di cui parliamo, concepito nella sua essenza, non è dunque ordine condizionato, non è mezzo per il raggiungimento di un fine etico, ma è ordine assoluto, e non ha bisogno di giustificarsi con fini estranei o contingenti, come la necessità di una convivenza o di una coesistensa di uomini. Il fine è in esso immanente. Ecco perchè dicevamo, che senza il principio etico non si può avere un concetto del diritto.

Ma qui apparisce una contraddizione. Se il diritto è disciplina di rapporti, indipendentemente dalle intenzioni, come può essere determinato da un fine etico, anzi, come può contenere in sè questo fine? Essendo il fine etico universale ed abbracciando la condotta, sotto tutte le sue manifestazioni, esso non può comportare una distinzione fra rapporti, obbiettivamente considerati e le intenzioni, che li muovono. E se una tale distinzione non si ammette, il diritto si annulla, proprio nel momento, in cui si afferma nella sua universalità. Mentre speravamo di raggiungere l'assoluto e il necessario, cadiamo nel relativo e nel contingente! Ma è questa proprio la natura del diritto, esso non è che un prodotto della nostra imperfezione e perciò non

può mai presentarsi filosoficamente, come un concetto definitivo, ma come un concetto in via d'incessante formazione, che tende incessantemente all'universale, senza poterlo mai raggiungere completamente. Ciò non significa che il diritto non sia dominato da un fine etico, anzi, appunto perchè è dominato da questo fine etico, presenta questo suo carattere, questa sua contraddizione intrinseca che determina la sua dinamica, la dinamica di un concetto imperfetto filosoficamente, che tende incessantemente a diventare concetto filosofico.

§ 18. — Da qui la distinzione, che apparisce nel dominio del diritto, fra diritto naturale, o ideale, o teoretico (la denominazione non importa) e il diritto positivo. Il diritto ideale è il diritto, che si presenta nella sua tendenza dinamica, un diritto che aspira al raggiungimento completo del suo fine etico, non semplicemente un diritto che vuole attuarsi, ma un diritto che tende alla perfezione e quindi un diritto che vuole, in fondo, annullarsi come diritto, perchè vuole raggiungere l'universale e l'assoluto. Ma appunto perciò il diritto ideale non può fissarsi in un modo determinato. Se si fissa, anche teoricamente in un trattato, esso cessa di essere diritto ideale, diventa diritto naturale alla vecchia maniera, cioè un riflesso del diritto positivo, se non un cattivo rifacimento del diritto positivo. La sua natura lo porta a muoversi incessantemente e solo in questo moto trova la sua ragione di essere.

Ciò non toglie che questo ideale non possa in dati momenti fissarsi, condensarsi, in certi principî, in certi criterî o in certi precetti, che sono un prodotto dello stimolo, che le nuove esigenze della vita sociale, esercitano sulle coscienze le quali non possono essere soddisfatte dal diritto esistente. Ma questi principî, se si presentano come assoluti necessari, universali, ciò av-

viene perchè la nostra coscienza ha bisogno di essi in quel dato momento per raggiungere una forma nuova di vita, per conseguire un nuovo stadio di adattamento fra il mondo dei fini e il mondo dei fatti e delle cause. Ma esaurito quel compito, tutto il carattere contingente di quei principî riapparisce e l'ideale risorge ancora una volta in contrasto con essi. Il diritto ideale costituisce così la sorgente inesauribile del diritto, non solo perchè, come ideale, esso presenta una concezione eticamente più elevata del diritto positivo ma anche perchè è esso stesso in uno stato di perenne movimento verso una concezione più elevata. L'ideale del diritto, come tutti gli ideali, non può fissarsi, nè obbiettivarsi definitivamente, perchè allora non sarebbe più ideale, ma si trasformerebbe in un diritto naturale alla vecchia maniera, cioè in uno schematismo astratto.

Il diritto positivo è invece il diritto posto, il diritto come esiste in un dato tempo e luogo, perciò può raggiungere caratteri fissi e precisi.

Esso è l'ordine regolatore dei rapporti sociali, attuatosi in un dato modo e reso obbligatorio dalla sanzione coattiva. Il carattere empirico del diritto si accentua ancor più nel dominio del diritto positivo. Infatti il concetto del diritto positivo è un concetto, che non può avere alcuna pretesa alla universalità e non può neppure essere dominato dalla tendenza all'universale, che si rivela nel diritto ideale. Una tale tendenza parrebbe in contrasto col diritto, così concepito, come è in contrasto con esso il concetto di universalità.

Il diritto positivo, potrebbe affermarsi, in tanto può essere positivo, in quanto è particolare e tende ad esser particolare. Pure, non è così; nonostante la sua positività, opera anche in esso la tendenza alla trasformazione poichè esso è sempre un prodotto di coscienze e perciò è spinto, non soltanto da una esigenza etica, ma dalle numerose esigenze, che ne hanno determinato

la positività e che non possono essere, se non relativamente fisse. Onde, la positività è un fatto relativo, in armonia col carattere empirico del diritto.

Rappresenta quindi un accordo medio di voleri per un tempo più o meno lungo, quanto basta per regolare, in modo abbastanza certo e per un dato tempo, i rapporti fra gl'individui umani di un dato paese.

Questo fatto ha, per noi, una grande importanza, poichè vale a spiegarci il comportamento del diritto positivo e ci fornisce il modo di risolvere parecchi problemi, che al giurista sembrano insolubili. Sia comunque, il diritto positivo presenta questo incontestabile vantaggio, che esso può raggiungere il massimo di obbiettività e di certezza raggiungibile da una norma regolatrice dei rapporti sociali, ed è perciò che su di esso fonderemo a preferenza le nostre ricerche o cercheremo in esso a preferenza il nostro punto di partenza.

§ 19. — Dal concetto del diritto si può desumere ancora un'altra distinzione, che apparisce nella sua pienezza solo nel diritto positivo e quindi nel concetto, che di esso possiamo farci. Essa scaturisce necessariamente da quel concetto, ne è una logica conseguenza, essendovi implicitamente contenuta. È la distinzione fra diritto obbiettivo e diritto subbiettivo. Un ordine coercibile di rapporti può presentarsi infatti alla nostra mente sotto due aspetti, cioè sotto l'aspetto delle norme, che regolano quest'ordine e da cui quest'ordine risulta, e sotto l'aspetto delle facoltà che vengono accordate agli individui, sui quali quest'ordine impera. Il diritto obbiettivo è quindi l'ordine obbiettivato, che si considera in certo modo scisso dalle coscienze, alle quali si rivolge, come qualche cosa di esterno che preme su di esse per ottenere quella data disciplina di rapporti. Come tale, esso non può essere modificato da quelle stesse coscienze secondo il loro arbitrio. Se potesse essere così modificato, non si potrebbe più concepire come

ordine obbiettivo. E se potesse essere modificato ad arbitrio da una o da alcune, esso potrebbe essere obbiettivo solo per le altre, ma non per queste. E ciò a prescindere dalla considerazione, che un ordine implica una certa stabilità e un dato grado di certezza e il concetto di arbitrio non è conciliabile, nè con l'una cosa, nè con l'altra. Ma questo significa che quell'ordine deve concepirsi come immutabile?

Certo nella realtà l'ordine giuridico non è immutabile in modo assoluto, ma in modo relativo; cioè immutabile solo per un tempo determinato; vediamo infatti, nella realtà empirica, che il diritto si trasforma e nuovi sistemi giuridici si succedono ai vecchi. Negli Stati civili, i cambiamenti del diritto sono frequenti, centinaia di leggi e anche più apportano ogni anno considerevoli cambiamenti nelle varie parti del diritto. Ma anche basandoci sul concetto e sulle funzioni del diritto, possiamo dedurre la necessità dei cambiamenti nell'ordine giuridico. Essendo esso ordine regolatore di rapporti di fatto, non può non mutare se i rapporti mutano e se si producono in essi nuove combinazioni, da quell'ordine ancora non regolate. Una disciplina di rapporti sarebbe certamente disciplina incompleta e imperfetta, se non potesse regolare che solo una parte dei rapporti o delle loro combinazioni e anzi, invece di riuscire una disciplina regolatrice, riuscirebbe disciplina perturbatrice. Ora, anche da un punto di vista astratto, noi non possiamo concepire i rapporti umani come immutabili.

I rapporti umani sono il prodotto di atti umani e questi non sono automatici e tipici, poichè provengono da volontà autonome, che mutano, secondo che si spostano i fini, dai quali sono dirette.

Ma se non possiamo concepire come immutabile in modo assoluto il diritto positivo, da quale forza può essere mutato, se non dalle stesse volontà umane? Pro-

dotto dalle volontà umane, esso non può essere mutato, se non dalle stesse volontà umane. E non importa se le volontà che lo mutano siano poche, o parecchie o pure una sola.

Se non che non è sotto questo aspetto che noi dobbiamo considerare l'obbiettività nel diritto; obbiettività e mutabilità sono certamente inconciliabili fino a tanto che noi consideriamo il diritto come un tutto regolato tranne in quella parte, che si riferisce al suo mutamento; ma se consideriamo come regolato anche il mutamento, allora l'obbiettività e la possibilità delle modificazioni nel dominio del diritto possono pienamente conciliarsi. E in questo senso appunto il diritto può considerarsi come obbiettivo. Esso, non solo deve essere osservato nella forma che ha assunto, ma non può essere modificato se non in conformità delle norme, che fanno parte dello stesso ordinamento. Il diritto è dunque obbiettivo, sia perchè deve essere osservato così come è, e sia perchè non può mutare se non in conformità delle sue stesse norme; in altri termini perchè deve essere osservato anche quando si deve modificare. Il diritto deve contenere in se stesso le regole per il suo mutamento e perciò può presentarsi come un tutto chiuso e completo e contrapposto in certo modo alle coscienze su cui impera.

A questo non giova opporre che nella realtà fenomenica il diritto non presenta sempre questo carattere e che esistono i governi dispotici nei quali il diritto è, almeno formalmente, posto e modificato ad arbitrio del despota. Questa obbiezione non ci tocca, poichè noi qui cerchiamo il concetto generico del diritto, quello che si fonda sulla sua essenza, a prescindere quindi dalle sue manifestazioni empiriche. E noi non possiamo concepire il diritto, se non come un ordine obbiettivato in tutte le sue parti e sottratto perciò ad ogni forma d'arbitrio. E del resto il fatto stesso che il diritto em-

piricamente tende ad una obbiettivazione completa, a misura che si sviluppa nelle convivenze, come risulta dal concetto di *Stato giuridico*, quale si è formato e tende sempre più ad attuarsi nei paesi civili; è un fatto, che dimostra come sia propria della essenza del diritto la completa obbiettività. Lo Stato giuridico è appunto la forma di Stato, che empiricamente attua, o tende ad attuare, nel modo più completo che è possibile, data la contingenza dei rapporti sociali, questo carattere del diritto.

Il comando obbiettivo ci si presenta come un comando esterno, che impone di agire in un determinato modo, o di astenersi. Esso acquista la sua forza imperativa dalla possibilità della coazione, proveniente da un potere sovrano, ed è un comando positivo o negativo, cioè impone gli atti indispensabili per una coesistenza e una cooperazione di attività e vieta gli atti, che possono impedirla o turbarla. Un ordine di attività non può infatti concepirsi, se non quale coesistenza e cooperazione di attività, e l'una e l'altra cosa, non possono costituirsi e mantenersi, se non per mezzo di un insieme di atti positivi, o di astensioni.

Gli atti, che il comando giuridico non impone, o non vieta, sono regolati dal diritto solo indirettamente, e costituiscono tutta la categoria degli atti permessi dal diritto, formando il dominio di ciò che si chiama il lecito giuridico. Sicchè il comando giuridico regola tutte le attività umane le une di fronte alle altre, ma le regola in diversa maniera dividendo le attività in due campi distinti: quelle che obbligatoriamente devono svolgersi nel modo imposto, o vietato; quelle che invece possono svolgersi entro i confini dei comandi positivi o negativi. Con ciò non bisogna ritenere che il comando possa assumere anche il carattere di comando permissivo. Un comando permissivo sarebbe una contraddizione in termini. La permissione è soltanto un

derivato del comando positivo o negativo, perchè si deve ritenere come permesso tutto ciò che non viene imposto o vietato.

Questo comando si presenta inoltre come un comando bilaterale, perchè impone il rispetto reciproco fra le attività che coesistono; o per meglio specificare, conferisce a ciascuna volontà il potere di svolgere la propria attività in un dato modo, e correlativamente impone a ciascuna il dovere di rispettare il potere accordato alle altre, come apparisce più chiaramente se consideriamo il diritto dal punto di vista subbiettivo.

§ 20. — Vi è infatti nel diritto anche il momento subbiettivo, che apparisce allorchè consideriamo per sè stessa l'attività che il diritto autorizza ad esplicarsi e più propriamente, l'autorizzazione ad esplicarsi concessa a ciascuna volontà. Una disciplina di attività non può concepirsi se non nel senso che sia concessa ad ogni attività la facoltà di svolgersi in un dato modo e le sia in pari tempo impedito di svolgersi in un modo diverso. Il diritto, in tanto regola, in quanto accorda ad ogni attività una sfera autonoma e conseguentemente il potere di muoversi in essa, senza esserne impedita dalle altre attività. La coesistenza di attività non può essere intesa in maniera diversa, nè essere in maniera diversa regolata.

Da qui le caratteristiche proprie del diritto subbiettivo. Esso deve concepirsi quale un potere accordato all'attività, perciò quale un potere derivato, non originario. Originariamente non esiste che l'attività col suo potere di muoversi, senza limiti e freni, conformemente alla sua propria natura e quindi è un potere di fatti. Questo potere perciò non è un potere formale, regolato dalle norme giuridiche, che impongono ad esso limiti e forme di attività. Il potere invece che conferisce l'ordine giuridico è un potere ordinato e implica un'autorizzazione; non è un potere originario, ma un

potere derivato. Se non che il potere non può venire conferito all'attività, che è modo di essere e di esplicarsi se non in quanto viene conferito alla volontà, onde l'attività deriva. Perciò dobbiamo dire che il diritto subbiettivo è il potere conferito alla volontà, in quanto può esplicarsi in un dato modo.

Ma un potere ordinato non è concepibile se non in rapporto ad altri poteri che lo riconoscano e lo rispettino e alla possibilità di affermarsi e di farsi rispettare come potere di fronte ad altri poteri consimili. Di qui le altre due caratteristiche del diritto subbiettivo: la bilateralità e la esigibilità. Il diritto subbiettivo è bilaterale, perchè il potere di muoversi in un dato modo da parte di ogni attività implica da parte delle altre l'obbligo di rispettare questo modo di agire, cioè il diritto suppone il dovere. Questa bilateralità è una conseguenza del comando giuridico, il quale è per sua natura bilaterale; esso non può disciplinare le attività accordando a ciascuna una sfera autonoma, se non imponendo in pari tempo, implicitamente od esplicitamente a ciascuna il rispetto della sfera autonoma delle altre. Diritto e dovere giuridico sono adunque concetti che si presuppongono e si completano; costituiscono in certo modo i due aspetti sotto i quali il diritto si presenta, perchè derivano necessariamente dal concetto di un ordine regolatore di attività e perciò nascono coevi.

La esigibilità, alla sua volta, è conseguenza di questo medesimo concetto, perchè indica la possibilità che ha il diritto di affermarsi di fronte ai doveri recalcitranti. Il diritto è esigibile, perchè può farsi valere in ogni caso rispetto a tutte quelle volontà, che hanno il dovere giuridico corrispondente. E può farsi valere in ogni caso, perchè può invocare la protezione dell'ordine giuridico e quindi la forza di cui dispone per conservarsi e per attuarsi. La esigibilità è perciò un carattere che apparisce in connessione con la coercibilità del diritto

obbiettivo, è il suo lato subbiettivo. Finchè il diritto è spontaneamente osservato, la coercibilità rimane una mera possibilità, essa non entra in azione se non in caso d'inosservanza. E così la esigibilità non apparisce nel diritto subbiettivo se non quando il dovere corrispondente non viene spontaneamente adempiuto.

Considerato sotto questo aspetto, il diritto si rivela quale una norma di garanzia, quale cioè una norma che accorda un potere alle singole volontà e in pari tempo lo garentisce; che accorda cioè un potere garantito in quanto può farsi eventualmente valere per mezzo della coazione. Il diritto subbiettivo è quindi un potere garantito, perchè è autorizzato ad invocare la reazione esterna contro le volontà recalcitranti a rispettare le manifestazioni autorizzate dell'attività. Tutto questo peraltro è implicito nel concetto di potere ordinato e conseguentemente di ordine coercibile di attività non può concepirsi se non come un ordine di garanzia, che cioè garantisce a ciascuna volontà una sfera autonoma, accordandole il modo di esigerne il rispetto da parte delle altre volontà.

Il diritto subbiettivo adunque implica necessariamente un rapporto fra diritto e dovere, un rapporto fra volontà che sono legate da diritti e da doveri reciproci, in conseguenza dell'ordine, che le regola. Questo vincolo rimane peraltro sempre vincolo esterno, cioè vincolo di una volontà di fronte alle altre, non è mai vincolo di una volontà di fronte a se stessa. Un diritto e un dovere giuridico corrispondente, non sono concepibili di fronte alla medesima volontà, poichè una medesima volontà non può avere che il diritto o il dovere rispetto a ogni dato rapporto, verso altri, e cioè, come si dice, non può essere che soggetto di diritto o soggetto di dovere. Il diritto di un soggetto di fronte a se stesso è quindi inconciliabile col concetto del diritto, perchè il diritto è ordine di attività, perciò di

volontà le une di fronte alle altre, in quanto esplicano o possono esplicare la loro attività le une rispetto alle altre.

Questo, a grandi linee, è il concetto astratto che noi possiamo farci del diritto e delle conseguenze, che logicamente ne derivano, a prescindere dalle manifestazioni empiriche del diritto. Ma, come abbiamo detto, non è un concetto propriamente filosofico, poichè non può raggiungere l'universalità; è il concetto più generale che ci possiamo fare del diritto, ci potrà servire di guida in tutte le ricerche posteriori, perchè è fondato sull'essenza del diritto, sulla natura propria di esso, quale in fondo si rivela a traverso le sue manifestazioni empiriche. E non è universale, perchè appunto non è universale la natura del diritto. Esso vuol regolare le attività umane secondo un criterio etico, a prescindere dei fini e delle intenzioni di queste attività e perciò deve restringersi in un campo determinato e abbracciare solo una parte della condotta. Ed è costretto a contentarsi di raggiungere solo un certo grado di eticità, facendo, qualche volta, anche uso di mezzi che possano trovarsi in contrasto col fine etico.

È stato detto che il diritto rappresenta un minimo etico, cioè quel minimo di eticità che può essere raggiunto, allorchè le attività umane vengono regolate per se stesse, indipendentemente dalle intenzioni. L'espressione può essere accettata solo in parte, se con essa s'intende, che il diritto non ha poteri assoluti per attuare *tutta* l'eticità, cui il diritto deve tendere. Ma è bene evitarla, poichè può generare confusioni, intorno alla vera essenza del diritto. Il diritto deve tendere e infatti anch'esso tende al raggiungimento dei fini etici, poichè esso non può concepirsi, che come ordine informato innanzi tutto a criterio di giustizia. E se per l'imperfezione dei suoi mezzi, tale fine non può raggiungere, ciò non significa che non debba tenderci. Ma

vi tende con modi e con forme, che non possono essere colte nel mondo fenomenico, dobbiamo perciò uscire dal concetto filosofico se vogliamo comprendere il diritto nella sua complessa natura e in tutta la ricca varietà delle sue manifestazioni e dei suoi compiti. Tanto più che quel concetto non è, come abbiamo detto, nè può essere, un vero concetto filosofico, ma risulta semplicemente un concetto formale ed astratto, il quale rientra anch'esso nel dominio empirico. Se non che, anche considerato sotto questo aspetto, rimane incompleto e se potrà servirci di guida, non ci permette di comprendere il fenomeno giuridico in tutta la sua realtà. Le nostre costruzioni non possono condurre a risultati pratici se non si fondono sulle manifestazioni del diritto nella vita sociale. È perciò che al tentativo di determinare il concetto filosofico, facciamo ora seguire la determinazione del concetto del diritto da un punto di vista decisamente empirico. Esso costituirà il punto di partenza e la base delle nostre ulteriori ricerche.

Bibliografia. — Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*; Miraglia, *Filosofia del diritto*; Vanni, *op. cit.*; Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*; Id., *Il concetto del diritto*; Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*; Croce, *Filosofia della pratica*; Rensi, *Il fondamento filosofico del diritto.*

CAPITOLO II

Concetto empirico del diritto.

Sommario. — 21. Le norme. — 22. La norma giuridica in ispecie. — 23. Definizione della norma giuridica. — 24. Peculiarità del diritto in alcuni rami di esso. — 25. Il convincimento giuridico.

§ 21. — Per determinare il concetto empirico del diritto, noi dobbiamo partire dal concetto di società. Il diritto non potrebbe concepirsi senza la società, senza

cioè un insieme d'individui che coesistono e cooperano per il raggiungimento di dati fini. Se l'individuo umano vivesse in uno stato d'isolamento, il diritto non potrebbe sorgere, perchè esso implica essenzialmente rapporti fra individui. Ma i presupposti e in pari tempo le condizioni indispensabili di ogni società sono la coesistenza e la cooperazione degl'individui per il raggiungimento di fini comuni. Ora, perchè gl'individui possano coesistere e cooperare, è necessario che ognuno degl'individui aggregati, regoli in un dato modo e dentro confini determinati la propria attività. Ogni convivenza, non solo fra uomini, ma anche fra animali, implica la esistenza di certe regole, che valgano a contenere la condotta di ciascuno e a coordinarla con quella degli altri. La regola diventa per tal modo il fatto caratteristico di ogni società, quello che ne rende possibile la formazione e ne assicura la durata. Per cui ogni forma d'azione sociale è forma d'azione regolata; il diritto, che è forma d'azione sociale, è anch'esso forma regolata d'agire.

Ma nella regola sociale appariscono necessariamente due elementi: un comando che vuole essere obbedito e gl'individui, che devono osservarlo. In essa cioè si verifica un incontro di due diverse volontà, quella che si esprime per mezzo del comando, quella a cui il comando si rivolge e dal quale essa riceve l'autorizzazione ad agire in un dato modo o l'obbligo di serbare un certo contegno di fronte agli altri. Onde abbiamo i due aspetti della regola: l'obbiettivo e il subbiettivo; due aspetti, che strettamente si tengono e si presuppongono, poichè, senza la volontà che comanda non si potrebbe avere modo di agire ordinato, e senza volontà che si muovono in conformità del comando, il comando resterebbe, come si dice, lettera morta. Ma dei due aspetti l'antecedenza logica e formale spetta al comando, poichè, solo per mezzo di esso, gli atti volitivi

dei singoli e le azioni che ne derivano entrano a far parte di un dato ordinamento.

Le regole obbligatorie prendono il nome di norme di condotta e sono state empiricamente distinte in quattro categorie, cioè in norme religiose, morali, norme del costume e norme giuridiche. Le norme religiose si propongono di coordinare la condotta umana al supposto volere di un essere superiore, le altre categorie di norme si propongono di coordinare la condotta dell'individuo di fronte a sè stesso o di fronte agli altri individui. Le norme morali, prendendo di mira la condotta dell'individuo di fronte a se stesso, si rivolgono direttamente all'intenzione dell'agente; mentre le altre due categorie, volendo regolare, in diverso grado, la coordinazione degli atti fra gl'individui, si rivolgono alle loro manifestazioni esterne e non si preoccupano dell'intenzione, se non quando essa si rivela con atti contrari alla norma.

Queste diverse categorie di norme presentano perciò una forma e un contenuto diverso e un diverso modo di farsi valere, per cui si distinguono le une dalle altre. La forma consiste nel comando, in quanto si pone, si formula e si obbiettiva in un dato modo; il contenuto consiste negli scopi, che il comando si propone di conseguire, nelle esigenze, che è rivolto a soddisfare. Ora, nelle norme religiose, il comando è comando divino, proveniente cioè da un essere superiore e può abbracciare il contenuto più vario, poichè tutte le azioni umane possono entrare a far parte del suo contenuto; ma esse vi entrano solo in quanto implicano un rapporto diretto o indiretto con la divinità. Nelle altre categorie il comando apparisce come di origine umana o almeno proveniente dall'umana coscienza, con questa diversità, che nelle norme morali il comando proviene a ciascuno direttamente dalla propria coscienza, quantunque si elabori, almeno in parte, nell'attrito delle

coscienze; nelle altre categorie apparisce come una imposizione della collettività e perciò quale un comando esterno, cui l'individuo deve obbedienza, anche quando non è in armonia con le proprie aspirazioni. Ma nelle norme del costume il comando non proviene da un organo determinato e scaturisce in certo modo da tutte le parti della convivenza; nelle norme giuridiche invece proviene da un organo specifico o che, per lo meno, tende a specificarsi, in forza della sua propria natura.

S'intende che nel determinare questi caratteri differenziali noi ci riferiamo a un periodo in cui le norme di condotta hanno raggiunto un massimo di specificazione. E inoltre, prescindiamo dai nessi, che esistono fra queste diverse categorie di norme, poichè il nostro compito è ora quello di cogliere le differenze. Infine bisogna tener presente che si tratta di differenze empiriche.

Quanto al contenuto, le norme morali possono abbracciare anch'esse i rapporti più vari, ma li abbracciano solo in quanto si riferiscono al bene e al perfezionamento dell'individuo e con lo scopo di determinare una piena armonia tra l'azione e l'intenzione. Le norme del costume abbracciano tutti quegli atti, dai quali possano sorgere attriti e conflitti di sentimenti fra gli individui, con lo scopo di agevolare o addolcire la coesistenza fra i diversi caratteri delle persone e le diverse situazioni sociali. Le norme giuridiche finalmente si riferiscono alle condizioni indispensabili di coesistenza e di cooperazione ed hanno per iscopo di regolare i conflitti fra gl'interessi, secondo certi criterii di giustizia e di utilità sociale.

Tutte queste norme si fanno poi valere per mezzo della sanzione, la quale non è che la minaccia o la paura (secondo si considera dal punto di vista obiettivo o subbiettivo) di un male inflitto a colui, che le viola. Nelle norme religiose il male minacciato si ri-

tiene provenga dalla divinità sotto forma di pena in un mondo futuro, o anche nella vita attuale, quantunque possa anche venire dalla comunità di credenti o anche dai supposti rappresentanti del volere divino. Nelle norme morali proviene dalla stessa coscienza sotto forma di rimorso, quantunque a questo possa anche accompagnarsi il biasimo dei consociati. Nelle norme del costume proviene dalla collettività sotto forma di biasimo o di esclusione da determinati circoli di socievolezza, quantunque possa venire dalla stessa coscienza sotto forma di offesa al sentimento di pudore, di decoro, di dignità. Finalmente nelle norme giuridiche proviene dallo stesso potere, onde scaturisce la norma, che è un potere in qualche modo organizzato, quantunque possa anche venire dalla coscienza dell'individuo o dalla collettività, a cui esso appartiene. Così vediamo per ciascuna di queste categorie di norme una forma principale di sanzione e accanto ad essa alcune forme secondarie. Ma soltanto la prima costituisce la forma tipica e caratteristica e prende rispettivamente il nome di *sanzione religiosa, morale, sociale, giuridica.*

§ 22. — Da questo primo esame la norma giuridica ci apparisce quale una norma che regola le condizioni indispensabili di coesistenza e di cooperazione sociale, secondo certi criterii di giustizia e di utilità nel senso etico e si fa valere per mezzo di una sanzione proveniente dal potere, che sovrasta a tutta la collettività.

Quando ci siamo occupati del concetto filosofico non abbiamo accennato che al solo criterio di giustizia, come quello a cui il diritto s'informa, qui aggiungiamo anche quello di utilità. Se infatti il criterio di giustizia costituisce il criterio precipuo, quello a cui il diritto si informa e al quale tende; esso non è il solo criterio informatore del diritto, accanto ad esso vi è il criterio subordinato di utilità. Nel determinare una disciplina

di atti, il diritto non si propone di ordinarli soltanto secondo giustizia, ma anche di conseguire quel massimo di utilità comune, che si può raggiungere in un dato tempo e in un dato ambiente. Perciò che il diritto, accanto a certi criteri fissi, ha anche criteri mutevoli, che diversificano nei vari ambienti. Il diritto è insomma una risultante di elementi di giustizia combinati con elementi utilitari; e questa è un'altra ragione per cui è impossibile raggiungere un vero concetto filosofico, cioè universale del diritto. Il concetto del diritto è e rimane sempre un concetto empirico e come tale dobbiamo studiarlo, se vogliamo comprendere pienamente la specifica natura del diritto.

Procedendo oltre in quest'analisi, possiamo ora mettere in rilievo altri caratteri differenziali. Come abbiamo detto, in tutte le categorie di norme esistono due elementi: uno formale e uno materiale. Ora, se osserviamo sotto questo aspetto quelle diverse categorie, possiamo vedere che non in tutte questi due elementi appariscono distinti e separabili. Nelle norme religiose non possiamo concepire il comando come separato dalle aspirazioni religiose delle coscienze, perchè il comando ne è come una diretta emanazione; e così non possiamo separare il comando etico dai sentimenti e dalle esigenze etiche della coscienza. L'intima connessione del comando con la coscienza conferisce alle norme di questa categoria un'impronta propria, in forza della quale esse devono venire obbedite, non solo nell'azione, ma anche nell'intenzione; onde la sanzione non può venire, per esse, che dalle stesse coscienze, alle quali il comando si rivolge, quindi dalle stesse esigenze, da cui scaturisce la norma. Sicchè possiamo dire che queste norme hanno, sotto questo aspetto, carattere subbiettivo e non possono obbiettivarsi quali vere norme. Invece nelle altre due categorie di norme si verifica più o meno il fenomeno opposto, poichè esse possono comportare una separazione anche recisa fra gl'intimi moti della

coscienza e le manifestazioni esterne, e vanno obbedite indipendentemente dalle intenzioni. Per conseguenza le loro sanzioni specifiche non possono essere che di carattere esterno. Tutto ciò implica che esse sono norme obbiettive, in esse cioè l'elemento formale si è obbiettivato.

Ma il grado di obbiettivazione non è eguale. Le norme del costume non raggiungono mai un grado elevato di obiettività, quantunque si pongano come precetti esterni, perchè mancano di organi che le formulino e le facciano valere e di una sanzione capace di raggiungere *sempre* il violatore. Questi può sottrarsi alla sanzione, o abbandonando il circolo di socievolezza, dal quale può venire inflitta o anche acquistando su di esso un ascendente tale, che può disporre all'indulgenza e financo indurre a far considerare la violazione come un nuovo costume. Invece l' obbiettività diventa completa nelle norme giuridiche, perchè rispetto ad esse esistono o tendono a costituirsi organi specifici per formulare ed attuare la norma e quindi per infliggere la sanzione. E questa tende a raggiungere *sempre* il violatore, poichè si sottrae all' influsso della volubile opinione ed è in rapporto con la forza, che può dispiegare il potere supremo della collettività.

Finalmente, le norme delle due prime categorie si limitano ad imporre degli obblighi, ma non garantiscono agl'individui sfere autonome di attività, ne autorizzano a pretenderne il rispetto per mezzo di garanzie obbiettive. Invece le norme delle altre due categorie, non solo impongono obblighi, ma determinano anche garanzie e autorizzano pretese. Ma la garanzia è ancora molto imperfetta nella norma del costume, perchè manca per essa un organo incaricato per attuarla; mentre diventa perfetta solo nella norma giuridica, poichè essa è fatta valere da un organo specifico, e per mezzo di una specifica sanzione.

§ 23. — Dopo ciò possiamo definire la norma giuridica come quella *norma, che, provenendo da un potere in qualche modo organizzato, ma sempre supremo, regola secondo principii di giustizia e di utilità sociale e per mezzo di una sanzione coattiva, i rapporti indispensabili della vita sociale.*

Da essa possiamo vedere che gli elementi formali della norma giuridica derivano in fondo tutti dal fatto che essa proviene da un potere supremo in qualche modo organizzato. Essa è norma esterna ed obbiettiva, perchè un potere indipendente dalla volontà di coloro che devono obbedirla, s'incarica di formularla e d'imporla; è norma di garanzia, perchè questo potere si incarica di farla osservare; è obbligatoria, perchè questo potere determina ed attua la sanzione. Certo questi caratteri si presuppongono e sono dipendenti gli uni dagli altri, perchè provengono dalla natura propria del diritto e non possono essere creati ad arbitrio dal potere. Così non tutti i comandi possono acquistare carattere esterno ed obbiettivo, possono determinare specifiche garanzie e ricevere una coazione esterna. Se il comando: *non rubare*, può ricevere questi caratteri; il comando: *non desiderare la roba degli altri*, non può invece riceverli; perchè il potere non può agire direttamente sulle intenzioni, ma solo sulle manifestazioni esterne della volontà, sulle manifestazioni obbiettivate o capaci di obbiettivarsi. Vi sono stati, è vero, governi tirannici che hanno cercato di colpire il pensiero, le credenze religiose, ecc., ma in fondo essi non colpivano che le manifestazioni esteriori del pensiero, in sè medesimo. Il fatto stesso che il diritto, a misura che ha progredito, ha abbandonato questo campo di rapporti, già implicitamente dimostra che non è conforme alla natura di esso di regolarli, e che in questo caso, invece di regolare, turba più o meno la spontaneità degli atti.

Ma d'altra parte non si deve disconoscere che, senza l'azione di un potere, il diritto non può acquistare vera positività, esso rimane diritto ideale, aspirazione, destituito di ogni garanzia, perchè allora non può obbiettivarsi e farsi valere per mezzo della sua sanzione caratteristica. Non basta quindi che, per sua natura, sia una norma esterna e capace di ricevere una esterna coazione, perchè anche la norma del costume è una norma esterna e capace di ricevere coazione esterna ed è così affine alla norma giuridica per questi caratteri, che una vera distinzione non potrebbe farsi tra l'una e l'altra, se si guarda al solo carattere dei rapporti che regola. A causa appunto di questa affinità, molte norme del costume passano a diventare norme giuridiche, esempio il saluto militare, il cerimoniale displomatico, ecc. La distinzione infatti fra norme giuridiche e norme del costume, non è una distinzione filosofica, ma una distinzione puramente empirica, basata sul fatto della positività del diritto. Sicchè in ultima analisi, il carattere veramente distintivo del diritto è la positività, che nel diritto ideale è un carattere ancora in potenza, nel diritto praticato invece diventa piena attuazione. E sotto questo aspetto si può dire che il potere crea il diritto, non nel senso che lo faccia sorgere dal nulla, ma nel senso che gli comunica quei caratteri, per cui esso diventa effettivamente norma regolatrice della condotta.

I caratteri distintivi della positività del diritto sono adunque dati dalla formulazione del diritto per mezzo del potere e dalla sanzione coattiva. I giuristi si fermano a preferenza sulla coazione, ma implicitamente essi sempre si riferiscono alla formazione o almeno al riconoscimento da parte di un potere, poichè, si comprende che senza un potere, la coazione, nel senso giuridico, non potrebbe attuarsi. Questi due caratteri sono quindi sempre necessari. La formulazione per mezzo

del potere non basta a conferire al diritto il carattere della positività. Non basta che il potere comandi perchè si abbia una norma di diritto positivo, occorre che il comando sia accompagnato da sanzione. Così, se il potere comanda di non rubare e tralascia di determinare una sanzione per i violatori di questo comando, questo non può considerarsi quale un comando di diritto positivo. E d' altra parte la sanzione non può applicarsi che ad un comando proveniente dal potere o da esso implicitamente riconosciuto.

§ 24. — Ma qui occorre fare una importante osservazione. Questi caratteri distintivi del diritto non sempre appariscono chiaramente e non sempre assumono forma che colpiscono i sensi, come per es., in tante parti del diritto pubblico interno e per tutto il diritto internazionale. Ma ciò non significa che essi non esistano e non operino, tante volte con maggiore efficacia di quelli che si supporrebbe.

Fermiamoci a preferenza sul diritto internazionale, che sembra offrire da questo lato le maggiori difficoltà. Questo diritto, in altri tempi si cercava costruirlo sul vecchio diritto naturale. Ma a prescindere che il vecchio diritto naturale non era diritto positivo; quel diritto non aveva alcun fondamento scientifico e si riduceva a un puro schematismo intellettualistico. Onde, non potè reggere alle critiche che lo attaccarono, quando si affermarono nella scienza del diritto positivo e nella filosofia del diritto, principi nuovi, fondati sopra concetti più scientifici intorno alla essenza del diritto considerato sotto il suo duplice aspetto di diritto ideale e di diritto positivo.

Allora gl' internazionalisti sentirono il bisogno di cercare una nuova base per poter costruire il diritto internazionale e non trovarono di meglio che di ricorrere alla famosa teoria del contratto sociale, che, espulsa da un pezzo dal dominio del diritto interno,

credettero di poterla applicare nel dominio del diritto internazionale, perchè il diritto internazionale si muove sotto diverse condizioni, da quelle in cui si muove il diritto interno.

Ma come, abbiamo dimostrato in una recente pubblicazione (1), queste condizioni diverse non esistono, perchè, tanto nel diritto interno, quanto nel diritto internazionale, si tratta di soggetti di fatto e non di soggetti giuridici, che stipulano il contratto e perciò il contratto, il patto, l'accordo (si chiami come si vuole) non potrà avere valore giuridico, « per la contradizione che nol consente »; E non si dica, che nel caso del diritto internazionale si tratta di enti sovrani ed autonomi, e invece nel diritto interno, si tratta d'individui singoli. Perchè, tanto nell' un campo, quanto nell'altro, si tratta di soggetti di fatto, e quindi l'autonomia non può essere che di fatto, prima che sorga il diritto. Circa la sovranità, essa non conta di fronte a un ordine giuridico di rapporti, ben diverso da quello, che esiste nel diritto interno. E non basta neppure affermare, che nell'un caso, si tratta di costituire uno Stato; mentre nell'altro si tratta di costituire un ordinamento giuridico internazionale. Poichè, chi approfondisce la cosa, si rende ben conto che questa differenza non esiste dal punto di vista giuridico. Tanto nell'uno, che nell'altro caso, formalmente non differiscono, in quanto che si tratta, in entrambi i casi, di costituire un ordinamento giuridico sovrano di rapporti. Anche lo Stato è ordinamento giuridico. Solo dal punto di vista del contenuto questi rapporti possono essere diversi, ma questa diversità non conta nel dominio del diritto, poichè nel diritto si deve considerare la forma, altrimenti, non è diritto.

---

(1) Si veda come ho detto innanzi, nel mio articolo, pubblicato nella Rivista di diritto internazionale. *Il problema dell'intervento.*

Gl'internazionalisti cercarono di girare la posizione, ricorrendo ad una distinzione, proveniente dalla dottrina tedesca, la quale trovò largo seguito, sopratutto perchè proveniva dalla Germania, ma senza bene approfondirla. Erano i tempi in cui tutto ciò che veniva dalla Germania, era considerato come dogma di fede.

Questa consisteva nel distinguere i trattati contratti, dai trattati accordi di volontà.

Gl'internazionalisti credettero, che con quella distinzione avessero potuto risolvere il problema, in quanto avevano trovato finalmente che, col trattato accordo, si veniva a fondare il diritto internazionale sopra un potere o una norma superiore alla volontà dei singoli Stati (1).

Ma, a prescindere, che essa toglie l'identità, tra la teoria del contratto sociale e l'accordo del diritto internazionale, poichè anche nel diritto interno, il patto può presentarsi sotto le due forme, essa non risolveva il problema. Occorreva dimostrare sempre in che modo dalla volontà dei singoli Stati, un accordo potesse sorgere, una norma superiore alla volontà degli Stati. Questo certamente ha un lato di vero, come diremo, in seguito, quando parleremo a proposito delle fonti. Ma molti degli internazionalisti moderni hanno abbandonato questa distinzione, perchè non hanno saputo opporsi alle critiche degli avversari per mancanza di approfondimento. Gli avversari sostengono che questa distinzione non regge dal lato giuridico, perchè sotto questo aspetto è impossibile determinare quale sia la differenza fra il trattato accordo e il trattato contratto,

(1) Fui io il primo in Italia ad accennare a questa distinzione, che mi venne spontaneamente alla mente, quando ancora non conoscevo la dottrina tedesca più recente sull'argomento. Vedi: *Filosofia del diritto internazionale,* Firenze 1889, pag. 262 e seg.

basandosi su di una costruzione astratta del diritto, priva di ogni contenuto, sia formale, sia materiale. Come dimostreremo allorchè ne parleremo, come abbiamo detto, delle fonti.

Ma anche ammettendo, come giuridica, questa distinzione, la soluzione rimane sempre aperta; perchè, basandosi su questa distinzione, si crea un diritto internazionale chiuso, limitato solo a quegli Stati, che hanno conchiuso l'accordo, mentre un diritto internazionale, per la sua stessa natura, non può limitarsi agli Stati, che hanno costituito l'accordo. Quindi sorge il problema del riconoscimento degli Stati nuovi, mentre quando la soluzione si porta su di un'altra base, che non è la volontà degli Stati, quel problema viene eliminato, come ho dimostrato nel citato articolo pubblicato nella rivista di diritto internazionale.

§ 25. — Se vogliamo risolvere il problema dell'esistenza del diritto internazionale, dobbiamo fondarci quindi su di un'altra base, che non è quella, sulla quale si fondano i moderni internazionalisti.

Noi siamo convinti che un potere e una norma, o più norme fondamentali si costituiscono nel dominio del diritto internazionale, quanto più l'esigenza di avere un diritto internazionale si afferma e diventa impellente, col moltiplicarsi dei rapporti internazionali.

E questo potere e questa norma vengono creati da un profondo convincimento, che acquista la forza di una credenza e quindi dispiega, in certi casi, sugli Stati, una forza assai più efficace di quella che dispiega lo Stato sugli individui nel diritto interno.

Nell'affermare ciò, ci riferiamo ad una nostra teoria della credenza, già cominciata a formulare a Palermo, nel nostro volume sulle *Fonti del diritto* (1) e poi

---

(1) Palermo, Reber 1905.

formulata sinteticamente, in una nostra comunicazione al Congresso internazionale di Psicologia, tenutosi a Roma verso il 1905 e pubblicata oltre che negli atti del Congresso di Psicologia, nella *Rivista internazionale di sociologia* (1). Per noi la credenza è il lato caratteristico di tutti i fenomeni sociali e quindi anche del diritto, in genere e in conseguenza, anche il potere dello Stato si forma per convincimenti profondi, accompagnati da stati emotivi, intorno alla sua stabilità, alla sua forza, alla sicura applicazione dei suoi comandi e via discorrendo. Onde non è da maravigliarsi se nel diritto possa pervenire a creare un potere e una o più norme fondamentali superiori alla volontà degli individui e degli Stati, pur rispettando l'autonomia, che ogni Stato deve godere per adempiere le sue funzioni e conseguire i suoi fini di Stato.

Questi convincimenti, che operano nel dominio del diritto, in genere, e quindi anche, nel dominio del diritto internazionale, non hanno nulla che vedere col convincimento, che opera nella consuetudine giuridica, sia che si tratti di consuetudine nel dominio del diritto interno, sia che si tratti della consuetudine nel dominio del diritto internazionale. E ciò avviene tanto se si considera la consuetudine giuridica sotto l'aspetto della forma, quanto se si considera sotto l'aspetto del contenuto.

Prendendo a considerare entrambe dal punto di vista della forma, non possiamo non ammettere che i due ordini di consuetudini non possono sorgere se non dentro un determinato sistema di diritto positivo; ma non possono costituirlo, per la semplice ragione, che esse non potrebbero attingere la loro forza coattiva, se non dall'ordinamento giuridico esistente. E fuori di questo or-

(1) V. *Il diritto quale fenomeno di credenza collettiva,* Rivista internaz. di sociologia, settembre, dicembre 1905, anno IX.

dinamento, esse sarebbero usi, costumi, consuetudini di fatto, ma non consuetudini giuridiche. Ciò in quanto alla forma.

Per il contenuto, la consuetudine non può, nelle due forme, abbracciare un numero illimitato di rapporti, ma deve restringersi ai rapporti di una determinata categoria e abbastanza semplice, perchè il processo di ripetizione vero o presunto, su cui si basa il convincimento, non può verificarsi, se non in un numero di rapporti limitato e semplice.

Quanto alla sanzione, quello che occorre è che il diritto sia coattivo per opera di una forza proveniente da un potere, in modo da assicurare, nella pratica l'osservanza di esso, nel modo corrispondente alle sue funzioni e ai suoi fini. E non importa come questo potere e questa forza si costituiscano, quello che importa per gli scopi pratici del diritto è che essi abbiano molta efficacia. E non vi è alcun dubbio che l' esplicazione della sanzione nel dominio del diritto internazionale abbia molta efficacia, tanto è vero, che esso è, molte volte, più obbedito dagli Stati di quello che sia obbedito il diritto interno dai singoli individui. E ciò si spiega benissimo, perchè le conseguenze che può apportare agli interessi degli Stati la violazione del diritto internazionale, sono ben più gravi di quelle che può apportare la sanzione al singolo individuo. Perchè nel primo caso si tratta d' interessi generali, che si ripercuotono direttamente o indirettamente su tutta una collettività.

E inoltre le lesioni possono produrre effetti disastrosi addirittura, che si protraggono per lunga serie di anni e possono compromettere l'avvenire dello Stato. Che si può volere di più in quanto alla efficacia della forza coattiva del diritto internazionale?

Quindi dobbiamo conchiudere che la positività del diritto si basa su certi convincimenti, che si determinano

nella coscienza degli individui componenti la collettività, sulla quale il diritto impera. Non è la norma per sè stessa che rende il diritto positivo, ma la convinzione che la norma esista in quel dato modo e non possa esistere in modo diverso; cioè che vi sia una norma effettivamente obbligatoria la quale perciò debba essere osservata come norma giuridica. Non è quindi l'esistenza di un potere o l'esistenza di una sanzione, che in fondo determinano la positività della norma giuridica, ma è l'esistenza di questo convincimento. E ciò è naturale: queste cose non potrebbero produrre il loro effetto se non passando a traverso le coscienze e determinando in esse un certo modo di pensare, di sentire e di volere. E siccome, in ultima analisi, il diritto è un prodotto delle coscienze e opera per mezzo di esse, così esso può esistere anche quando non vi è il fatto, ma vi è il convincimento della sua esistenza. Così, avviene che alcune leggi possono cadere in dissuetudine e considerarsi come abrogate, mentre formalmente non furono abrogate mai, e che alcune leggi false, non mai esistite, non emanate mai dai competenti poteri, vengano considerate come leggi vere e come tali obbedite, magari con maggiore ossequio di quelle effettivamente esistenti. La storia ce ne fornisce numerosi esempi.

Il convincimento giuridico, il convincimento cioè che una data norma sia di diritto, costituisce il criterio definitivo, al quale gli altri mettono capo e da cui, in fondo, ricevono il loro valore. L'efficacia di essi è infatti proporzionale al modo come operano sul convincimento e alla forza che ne ricevono. Analizzato nella sua intima natura, il convincimento giuridico non è, come abbiamo detto, una *credenza*, cioè una persuasione accompagnata da un forte stato emotivo, che induce a ritenere che un dato modo di agire debba osservarsi, perchè imposto da una norma giuridica, o

che sia norma giuridica una data regola di condotta. Tutti i caratteri della norma giuridica sono pervasi da questo convincimento: il carattere esterno ed obbiettivo del comando, la legittimità del potere che l'impone, l'esistenza e l'efficacia della sanzione, il carattere indispensabile dei rapporti che regola, i criterii di utilità e di giustizia, ai quali deve ispirarsi. Così, in altri tempi, si considerava come esterno un comando che imponeva certe pratiche religiose, mentre ora ci apparisce come un comando di ordine interno e perciò inconciliabile col concetto del diritto. I criterì intorno alla legittimità del potere hanno infinitamente variato, tutte le dottrine intorno alla sovranità divina, umana, del principe, del popolo, ecc. lo dimostrano abbondantemente. L'efficacia della sanzione è stata sempre proporzionale al convincimento intorno alla sua esistenza, alla sua gravità, alla sua certezza, al proposito di attuarla, e alla forza che possiedono gli organi pubblici per farla valere. Il criterio di utilità si è spostato col mutare dei convincimenti intorno al bene pubblico, al bene privato, ai vantaggi che possono derivare da quei dati modi di agire, ecc. Financo il criterio di giustizia si sposta se non nella sua forma, almeno nel contenuto secondo i convincimenti che si producono nelle diverse epoche storiche, nei diversi partiti, nelle diverse classi sociali.

Possiamo perciò ritenere come provato che il convincimento costituisce il carattere differenziale più eminente, che tutti assomma gli altri caratteri della norma. E del resto non potrebbe essere altrimenti: il diritto è ordinamento che la volontà impone ai rapporti umani; e le volontà operano appunto sotto l'azione di convincimenti. Da questo punto di vista la norma giuridica potrebbe definirsi un comando accompagnato da convincimento giuridico.

Ciò posto si spiegano gli sforzi, che fanno i giurispub-

blicisti per dimostrare che la sanzione giuridica sia possibile in alcuni rami del diritto pubblico interno e nel diritto internazionale. Ma si trovano a lottare fra due difficoltà: quella di non sapersi staccare dal concetto tradizionale di sanzione giuridica, che voleva fosse sempre applicata e fatta valere dallo Stato e la difficoltà del convincimento invincibile, imposto dalle esigenze di prim'ordine, che li obbligava a ritenere, che tanti rami del diritto interno e tutto il diritto internazionale non fossero diritti.

Se essi approfondendo meglio il diritto, si avvedessero che il modo di considerare la sanzione non è più in armonia con i nuovi concetti del diritto e col modo come deve essere considerato nella sua essenza, essi non tarderebbero ad uscire da queste opposte difficoltà. Perchè comprenderebbero che la sanzione, non può essere perfettamente identica, in tutti i varî rami del diritto, specialmente in quelli che variano gli uni dagli altri, tanto per il contenuto materiale, quanto per il contenuto formale. Quindi la sanzione pur appoggiandosi su di una base comune, deve adattarsi alla natura e alle esigenze dei varî rami del diritto per divenire veramente efficace. E il fondamento comune, rispondente alla sua essenza come sanzione, è una forza esterna proveniente da un potere costituito da un convincimento, che rende il diritto obbligatorio come norma esterna.

Il convincimento non è un dato puramente formale. Esso ha carattere misto, perchè da un lato apparisce quale un elemento materiale, dall'altro quale un elemento formale. Apparisce sotto il primo aspetto, allorchè lo si considera nelle cause e nelle esigenze, che lo determinano e nel suo processo di formazione. Apparisce sotto il secondo, allorchè lo si considera come già formato e obbiettivato in un dato modo e in un dato momento, quale una credenza collettiva, univer-

salmente accettata. A causa appunto di questo suo doppio carattere, esso adempie una grande funzione nella vita sociale, costituisce cioè il punto di passaggio e come l'anello di congiunzione fra il fatto sociale e il fatto giuridico, siccome in seguito vedremo.

CAPITOLO III

Lo Stato.

§ 26. — Il diritto e lo Stato sono due fatti che si presuppongono. Secondo il concetto che abbiamo dato della norma, questa è un comando proveniente da un potere ordinato in qualche modo. E questo potere è appunto lo Stato. Ma d'altra parte lo Stato non può esistere senza il diritto, perchè l'ordinamento in forza del quale si distingue dalle altre formazioni sociali, è appunto un ordinamento giuridico, perciò, dobbiamo dire che Stato e diritto sono coevi. Non possiamo quindi andare oltre con le nostre ricerche senza aver prima determinato il concetto dello Stato.

Considerando lo Stato dal punto di vista giuridico, possiamo definirlo come l'*ordinamento giuridico sovrano di una società sopra un determinato territorio.* Lo Stato implica innanzi tutto una società, cioè una convivenza permanente d'individui congiunti da vincoli molteplici, mossi da interessi di vario genere, convergenti o divergenti, e distribuiti in aggruppamenti di

diversa natura, secondo il carattere dei vincoli e degli scopi, che li legano; implica, in secondo luogo, un organismo di norme giuridiche, le quali conferiscano a quella società una data forma di ordinamento; implica, in terzo luogo, che quell'ordinamento sia sovrano, cioè supremo ed autonomo. Supremo, perchè s'impone ad ogni altra forma d'ordinamento, che può esistere nel medesimo aggregato; autonomo, perchè indipendente, non solo da ogni ordinamento dello stesso aggregato, ma anche dagli altri ordinamenti sovrani consimili. In quarto luogo, finalmente, suppone un territorio, sul quale possa esistere quell'aggregato e sul quale quell'ordinamento abbia la sua piena efficacia giuridica.

Quest'ordinamento, appunto perchè giuridico ha forma coattiva e costituisce nella convivenza una unità, che ha natura di persona giuridica. Lo Stato presenta anzi un massimo di unità di fronte a tutte le altre formo di aggruppamento, che possono costituirsi in seno di uno stesso aggregato, unità cementata da una più chiara coscienza degli scopi comuni, da un più vivo sentimento di unione, in tutti gl'individui, onde risulta, ma determinata sopratutto dall'ordinamento giuridico, che ne congiunge le parti e compone gli organi incaricati di esprimere e di far valere il valore comune.

§ 27. — Si è molto discusso sul carattere della personalità giuridica dello Stato, poichè alcuni la negano, altri l'affermano e la concepiscono in differenti maniere. Le divergenze sono sorte a causa sopra tutto del concetto errato di persona giuridica, nella quale si è voluto vedere una individualità materiale, invece di considerarla come una semplice qualità attribuita dalla norma. Dovremo in seguito ritornare sul concetto di persona giuridica, qui diremo solo quello che è indispensabile per far comprendere in che senso debba intendersi la personalità giuridica dello Stato.

La personalità dello Stato non è una realtà materiale, ma non è neppure una finzione, e una semplice astrazione. Non è una realtà materiale, poichè, se prescindiamo dall'ordinamento, mancano gli elementi che potrebbero trasformare una collettività in una persona nel senso giuridico, manca l'unità d'intenti, di voleri e di azioni. Nella convivenza, che costituisce la materia dello Stato, apparisce infatti la più grande varietà di opinioni, di tendenze e di voleri. Ma non è neanche una finzione, poichè, accanto a questa varietà, si delineano correnti più o meno forti di opinioni comuni, di comuni sentimenti ed interessi e di atti rivolti al raggiungimento di comuni scopi. Onde nella realtà esistono esigenze, che inducono quella convivenza a costituirsi come un sol tutto. Certo, questa unità non potrebbe acquistare piena consistenza se non per opera del diritto; ma il diritto non potrebbe costituirla se nella realtà non esistessero gli elementi, che ne permettono la formazione. E ad ogni modo, se si deve considerare come finzione la persona dello Stato, bisogna ritenere che siano finzioni tutti gli altri prodotti del diritto e anche il diritto in sè stesso. Nella realtà noi non vediamo il soggetto del diritto, sia singolo, sia collettivo, nè il rapporto giuridico, nè la norma, nè la sanzione, ecc., vediamo solo individui, che agiscono in un dato modo, spinti da certi bisogni. Il diritto in tutte le sue parti, è un prodotto dello spirito.

Sarebbe allora preferibile considerare la personalità dello Stato, quale un'astrazione, poichè essa è in fondo prodotta da un processo di cernita e di sintesi che la mente fa di certi rapporti; a ciò la volontà possa ordinarli in un dato modo. Ma una tale espressione può trarre in inganno circa il carattere della personalità dello Stato, la quale, se è un prodotto della nostra mente, ha anche un contenuto, basato su di esigenze di prim'ordine, è quindi qualche cosa che vive ed opera

nella realtà. Onde preferiamo considerarla quale una realtà giuridica, una realtà cioè quale è possibile nel dominio del diritto stesso. La personalità dello Stato è dunque una realtà giuridica, che esiste in forza dell'ordinamento giuridico, entro i limiti di questo e per quel tanto che esso permette. Essa impera e si fa valere per mezzo di organi incaricati di esprimere e far valere la sua volontà. Ma questi organi, in tanto esprimono il volere dello Stato, in quanto si muovono in conformità dell'ordinamento giuridico. In questo modo si spiega perchè anche l'azione discorde di tali organi possa, fino a un certo punto, conciliarsi con l'esistenza della personalità dello Stato. Se queste azioni discordi sono tollerate dall'ordinamento giuridico, esse non ne scompongono l'unità, che risiede in questo e non in quello: se invece non sono da esso tollerate, escono dai limiti dell'ordinamento stesso, appariscono quali atti particolari d'individui e non possono intaccare la personalità dello Stato. Si può dire che una data autorità non ha osservato il diritto, ma non si può dire che il diritto non esista e che quindi non esista la personalità dello Stato, che da esso discende. Solo quando l'ordinamento giuridico si sconvolge per uno stato profondo e duraturo di generale anarchia, o quando quell'ordinamento si scinde in più ordinamenti autonomi, si può dire che quella personalità si scomponga, o cessi di esistere, appunto perchè allora cessa di esistere l'ordinamento giuridico.

Dall'ordinamento giuridico adunque dipende, o meglio, in esso consiste, la personalita dello Stato e quindi la sua sovranità, che è il modo di essere della sua persona. Quell'ordinamento è ordinamento supremo della convivenza, perciò è sovrana la persona, che esso determina. La sovranità diventa così caratteristica della personalità dello Stato, per cui lo Stato si può anche definire: *la persona sovrana costituita dall'ordina-*

mento giuridico sopra di un dato territorio (1). E siccome la caratteristica più concreta è quella che si afferma e si fa valere, è di essere un potere superiore a tutti gli altri poteri, che esistano in una convivenza, così esso suole indicarsi con la semplice espressione di *potere*, come il potere per antonomasia.

§ 28. — Nello Stato, come in tutte le formazioni giuridiche, si possono distinguere due elementi, un elemento formale e un elemento materiale. L'elemento formale è dato appunto dall'ordinamento giuridico. Esso è formale, perchè è ordinamento. Ogni ordinamento è formale, non soltanto perchè assume necessariamente una forma determinata, ma anche perchè presuppone una volontà obbiettivatasi in un dato modo, che coordini i rapporti secondo date norme e non possa mutare se non in conformità di esse; quindi, fino a un certo punto, è indipendente dai cambiamenti che si producono nei fatti. Il carattere formale dello Stato cresce a misura che si complica e a misura che si moltiplicano gli elementi, onde l'ordinamento è costituito, poichè allora tanto più facilmente questo può sottrarsi all'arbitrio dei singoli e vivere in certo modo di vita autonoma. Col complicarsi dell'ordinamento formale abbiamo una crescente divisione di organi e di funzioni e anche una crescente specificazione di norme, in norme fondamentali e secondarie, norme rivolte alla creazione del diritto e norme rivolte alla sua attuazione o all'esplicamento dell'attività degli organi per conseguire i fini dello Stato. Notevole è la distinzione delle tre forme precipue dell'attività degli organi: la legislativa, la governativa ed amministrativa, e la giurisdizionale, che va col nome di divisione dei poteri, variamente attuata in pratica negli ordinamenti dei vari Stati. Ma essa

(1) Per maggiori particolari intorno al concetto di *Sovranità* si vedano i miei *Principii di dir. costituz.*, II ed., pag. 133 e seg.

può accettarsi soltanto come una distinzione all'ingrosso, basata sull'attività fondamentale delle tre forme di esplicazione delle sue funzioni.

Il crescente carattere formale dello Stato ha per noi grande importanza, poichè su di esso si basa la distinzione fra Stato e Società e il modo come si determineranno i loro rapporti reciproci. In un ordinamento semplice la Società si può tutta riflettere nello Stato e vi si può riflettere direttamente. In un ordinamento complesso la distinzione diventa assai recisa; le esigenze sociali, prima di farsi valere in seno dello Stato, devono traversare un processo più o meno lungo di sforzi, di lotte, di discussioni, di deliberazioni, durante il quale quelle esigenze possono deformarsi, o andar soggette a mutamenti anche radicali o pure ad una specie di cernita, per cui solo alcune verranno pienamente, o in parte soddisfatte. Ma d'altra parte questo carattere formale permette allo Stato di imporsi in modo più assoluto, di esercitare in modo più autonomo la sua azione regolatrice, anche sugli stessi organi di cui si compone e di resistere a tutte le oscillazioni e alle aberrazioni che possono prodursi in seno dell'aggregato. L'ordinamento può così contrapporsi alla materia da cui è costituito ed acquistare un massimo di autorità e di forza imperativa. Certo la distinzione può degenerare in un vero e proprio distacco, lo Stato può irrigidirsi nei suoi ordini e rendere difficile il successivo adattamento di esso alle trasformazioni che si producono in seno della vita sociale. Il problema della conciliazione di queste due opposte esigenze, quella della rigidità dell'ordine e quella della mutabilità delle condizioni sociali, diventa mano a mano più arduo a misura che lo Stato e la convivenza si sviluppano e viene in vario senso risolto nella pratica.

Negli Stati evoluti l'ordinamento giuridico apparisce come collegato con l'ordinamento del potere, anzi come

un tutt'uno con esso. Ma negli stati iniziali questo non accade, l'ordinamento giuridico è qualche cosa d'indipendente dal potere politico e vive, fino a un certo punto, di vita propria e per opera di proprie forze. Esso, dovuto (come diremo più estesamente in seguito) a un processo secolare di adattamenti, dai quale scaturirono un insieme di consuetudini, radicate profondamente nelle coscienze, attingeva la sua forza obbligatoria alle stesse cause, che lo avevano fatto sorgere e poteva così raggiungere un grado abbastanza elevato di obbiettivazione e di stabilità. Il potere politico, ancora in embrione, non era in grado di prestare ad esso che un concorso intermittente ed eventuale. È solo in processo di tempo che le due forme di ordinamento a poco a poco si fondono; e la fusione era prima o dopo inevitabile, poichè il diritto ha bisogno del potere e questo non può esistere senza un ordinamento stabile. Ma la fusione è assai lenta e si produce attraverso differenti stadi. Solo nelle convivenze più progredite lo Stato apparisce come il vero ed unico creatore del diritto e la legge acquista la prevalenza su tutte le altre fonti. Tutto ciò è, in fondo, conseguenza dello sviluppo dei caratteri formali dello Stato.

§ 29. — Gli elementi materiali dello Stato sono l'umano e il fisico. L'umano è dato dalla Società, la quale prende il nome di *popolo* allorchè si costituisce a Stato. Il popolo presuppone quindi una società, nella quale una comunanza di esigenze ha condotto alla costituzione dello Stato o almeno ha determinato la tendenza a costituirlo; esso perciò si distingue da ogni altro genere di società e anche dalla nazione. Questa ultima presuppone una certa comunanza di caratteri etnici, i quali, secondo i casi, possono influire o non influire sulla costituzione dello Stato.

Analizzando la struttura del popolo, possiamo notare in esso due elementi; 1.° un elemento demoetnologico,

che è la popolazione, cioè l'insieme degli individui umani di ambo i sessi, di tutte le età, distinte inoltre per famiglie, per professioni, per differenze etniche, di sessi, di ceti, ecc., distribuito in diverso modo, ora in un dato territorio, raccolto in centri cittadini, disperso in gruppi rurali, variamente coordinati fra di loro; 2.° un elemento psichico, dato dall'insieme dei vincoli, come anche degli antagonismi, che si determinano fra le coscienze degli individui e dei gruppi associati; quindi dalle comuni maniere di pensare, di sentire e di volere, che ora non escono dai limiti dei singoli gruppi, ora invece si espandono per tutto l'aggregato ed imprimono ad esso una unità spirituale, che lo distingue dalle altre comunanze consimili.

Non analizzeremo il primo di questi elementi, poichè l'esame di esso si appartiene alla demologia ed alla etnologia, ci fermeremo solo alquanto sul secondo.

L'elemento psichico risulta da un insieme complesso di stati psichici, che inducono gli individui ad agire gli uni di fronte agli altri, a coordinare e a subordinare le loro azioni. Di questi, alcuni hanno a preferenza carattere propulsivo ed operano sopra tutto, come spinta all'azione; altri hanno carattere regolatore e presiedono alla coordinazione e subordinazione reciproca. I primi inducono quindi gli uomini a dispiegare le loro energie, a porre la meta cui devono rivolgersi i loro sforzi; i secondi si inducono ad accettare una disciplina, a seguire certe direttive comuni. Nei primi si rivelano le peculiarità individuali, nei secondi si esplica il bisogno di associazione, la tendenza a trovare negli altri il proprio completamento. Ma gli uni e gli altri sono dominati da una energia psichica fondamentale, che tutti li avvolge come in una sola unità, li utilizza e ne è alla sua volta utilizzata. Questa comune energia psichica è ciò che chiamiamo credenza, cioè l'accettazione spontanea, impulsiva, non pienamente ragionata, dell'altrui

modo di pensare, di sentire e di volere. Gli uomini operano, perchè credono, e perchè credono coordinano i loro sforzi e si subordinano gli uni agli altri.

§ 30. — Ogni forma di ordinamento, e quindi anche l'ordinamento giuridico, risulta dall'insieme di questi elementi psichici, e sopra tutto dagli elementi regolatori, che sotto l'azione di certe credenze, inducono gl'individui ad accettare certe comuni norme di condotta. Ma questi diversi elementi non si compongono e non operano nel moto medesimo in tutti gl'individui, che costituiscono il pòpolo. Prima di tutto, questo non è una semplice somma d'individui, ma un insieme di gruppi di vario genere e in vario modo coordinati. Abbiamo già accennato alla distribuzione materiale della popolazione sul territorio. Questa può essere la base di una prima divisione dei gruppi (regioni, città, campagne, ecc.); ma la più importante dal punto di vista sociale e politico è la divisione in classi sociali. Ogni popolo presenta una divisione di classi, alcune delle quali occupano una posizione subordinata, esercitano una funzione più passiva che attiva, e sono le classi dominate; altre hanno una posizione preminente ed esercitano una funzione più attiva che passiva, e sono le classi dominanti. L'ordinamento del potere deriva dal modo come si determinano i rapporti fra queste classi. Secondo una concezione molto diffusa, queste classi sarebbero due: la classe detentrice della ricchezza e quindi del potere, la classe povera e quindi soggetta.

Nel fatto questa divisione non apparisce mai in maniera così semplice, poichè l'elemento economico non è il solo pernio intorno al quale si svolge l'ordinamento delle classi; altri elementi oltre di esso operano quali forze di selezione, di differenziamento e di collegamento fra gl'individui associati; come appunto la razza, l'elemento religioso, il professionale, ecc. E lo stesso elemento economico tende a determinare divisioni assa

più numerose dei due tipi indicati di ricchi e poveri. Dallo insieme di queste classi e dai rapporti, che intercedono fra di esse, risulta la costituzione e la vita di una convivenza e quindi dello Stato. La determinazione di queste classi e dei loro vincoli è una impresa che diventa sempre più ardua, a misura che la convivenza si sviluppa e si complica; solo per semplificare le possiamo dividere in classi dominanti e dominate.

Il loro contributo alla formazione e al funzionamento dello Stato è variamente attivo, secondo il loro grado di potenza e di capacità. Ma l'influenza di ciascuna non è soltanto proporzionale alla sua potenza attuale, sì bene anche alla parte che essa ebbe nel passato alla formazione dell'attuale assetto sociale; quindi proporzionale all'influsso delle tradizioni, delle sopravvivenze storiche, dei sentimenti che si sono accumulati a suo favore o contro di esse. Si è detto che l'umanità è fatta più di morti che di vivi, quindi anche le classi sociali sono un prodotto storico ed operano, fino a un certo punto in proporzione delle qualità e delle forze sociali ereditate.

§ 31. — Le classi sociali sono composte, alla loro volta gl'individui che, se per un lato sono simili, per un altro sono molto diversi gli uni dagli altri per le attitudini e per il modo come le dispiegano. L'insieme delle attitudini che ciascun individuo possiede, allorchè vengono considerate, non in loro stesse, ma rispetto all'influenza che l'individuo può dispiegare di fronte agli altri, si può chiamare *capacità sociale*. La *capacità sociale* è, in ultima analisi, un grado di adattamento, o una potenzialità di adattamento all'ambiente sociale. Ogni convivenza, come ogni classe, è un insieme, di capacità massime e minime. Non vi è uomo che non abbia un grado, sia pur minimo, di capacità sociale; ma sono le massime capacità, assai poche, quelle che iniziano, creano, muovono le altre, mentre la gran massa delle

capacità minime sono dominate, spinte, condotte. Si capisce che fra gli estremi è la grande scala delle capacità intermedie.

Ora fra le capacità sociali se ne distinguono alcune che hanno carattere più attivo, manifestano tendenze di carattere più pratico, le quali sono meglio dotate di quelle qualità, che si riferiscono alla composizione e al funzionamento del potere. Possiamo indicarle col nome di *capacità politiche*. In teoria il potere può essere concentrato in uno, in più o in molti; ma nel fatto esso risiede nelle capacità politiche. Quello che varia nelle diverse forme di governo è la dinamica delle capacità politiche, il loro grado di attività, il modo come dispiegano e possono far valere le loro attitudini. Queste capacità non costituiscono una vera classe, nel senso che si dà ordinariamente a questa espressione, poichè si reclutano fra elementi appartenenti alle varie classi; e il numero di tali elementi non è fisso, nè si può indicare con precisione. È indubitato che provengono a preferenza dalle classi dominanti, ma non è escluso che possano provenire da quelle dominate. Nelle epoche di grandi trasformazioni sociali è anzi quest'ultimo il fatto che tende a diventare più frequente. Comunque sia, sono in ispecie le capacità politiche quelle che elaborano, alimentano, utilizzano i fattori psichici del popolo, imprimono ad esso il massimo di coscienza del suo essere e dei suoi bisogni e lo conducono al raggiungimento di scopi comuni per mezzo di un dato ordinamento statuale. Così lo Stato può diventare il riflesso della vita del popolo.

Dal grado di fusione degli elementi del popolo dipende quindi in gran parte il grado di unità che può raggiungere lo Stato. I dualismi e gli antagonismi fra questi elementi si ripercuotono sempre, più o meno, nella compagine e nel funzionamento dello Stato; di guisa che l'unità della sua vita sarà proporzionale, in media al-

l'omogeneità della composizione del popolo. Ma lo Stato, appunto perchè ordinamento supremo, dispone di un massimo di energia, tende a dominare questi antagonismi, a creare una omogeneità di parti, a regolare gli attriti fra gli elementi eterogenei, per modo da costituire un tutto compatto. Questo ci porta a considerare i rapporti giuridici intercedenti fra lo Stato e il popolo.

§ 32. — Tali rapporti si presentano sotto un duplice aspetto, *subbiettivo* e *obbiettivo*.

Sotto l'aspetto soggettivo il popolo è un elemento costitutivo dello Stato. Senza un popolo non si può concepire uno Stato, poichè questo è ordinamento d'individui umani, che esiste e si fa valere per mezzo di umane coscienze. La volontà dello Stato non può essere che la volontà di uomini che operano nello Stato e per lo Stato. La vita del popolo acquista per mezzo dello Stato il massimo di consistenza, appunto, perchè lo Stato è ordinamento di popolo. Onde si può dire che lo Stato si afferma per mezzo del popolo e il popolo, per mezzo dello Stato. Giuridicamente non è quindi compatibile un dualismo fra Stato e popolo. Tali dualismi nel fatto si producono, in alcune epoche hanno anzi assunto un massimo rilievo, ma essi sono indizio di ordinamento imperfetto o d'imperfetta adeguazione della forma alle condizioni del popolo. Quando lo Stato non riesce a vincerli, la sua compagine si spezza e si fraziona in organismi distinti o in diversi Stati, o pure si genera un periodo di perturbamenti più o meno profondi nella vita del popolo, che dura fino a tanto che il dualismo non viene dominato dal comune ordinamento statuale.

Perciò lo Stato, nella sua evoluzione successiva, tende all'unità dell'ordinamento, capace di dominare e di regolare i dualismi di ogni genere. Le stesse teorie che apparentemente sembrano basate su questo antagonismo fra Stato o popolo e più atte quindi a mantenerlo e a svilupparlo, quali la sovranità popolare, il sindacalismo,

sono in fondo il prodotto dell'esigenza opposta e mirano a superarlo, quantunque in maniera diversa; di guisa che, quando riescono ad attuarsi, tendono a dominare, anche in modo violento, gli antagonismi di ogni genere. Esse mirano alla costituzione di uno Stato che possa meglio riflettere certe esigenze del popolo o che sia l'effetto diretto della volontà del popolo, ma che in pari tempo abbia il massimo di unità e possegga il massimo di forza per il raggiungimento degli scopi comuni. Nello Stato democratico inteso nel suo vero senso, di uno Stato, che incarna tutti gl'interessi della collettività, e non di una classe soltanto, per mezzo degli ordinamenti sindacalistici compatti e disciplinati, abbiamo i saggi di ciò che potrebbe essere lo Stato in base a queste teorie.

Il dualismo quindi fra Stato e popolo, che apparisce in queste dottrine, è un mezzo di lotta, una condizione transitoria, che dovrà sparire con la sostituzione di una forma ad un'altra. Esse possono sembrare dualistiche solo di fronte allo Stato attuale. E così ancora, una quantità di ordinamenti sorti con la formazione dello Stato moderno, sopra tutto gl'istituti rappresentativi, se sotto un certo aspetto sembrano il riflesso di un antagonismo fra Stato e popolo; sotto un altro aspetto non sono che mezzi per vincere tale antagonismo, provocando forme di adattamento più progredito fra la vita dello Stato e quella del popolo. La partecipazione del popolo al funzionamento dello Stato, partecipazione che diventa sempre più larga, sia in modo diretto, sia in modo indiretto, tende appunto ad un'assimilazione sempre più completa fra l'uno e l'altro. Con quest'assimilazione il popolo acquista il massimo di coscienza del suo essere e dei suoi fini e il massimo di unità e di forza per il loro raggiungimento. E non solo nel suo insieme, ma anche nei suoi varî elementi, si manifesta quest'assimilazione fra il popolo e lo Stato, poichè i singoli individui e gruppi, onde lo Stato si compone, acqui-

stano valore giuridico e quindi forza e possibilità di farsi valere in un ordinamento giuridico, solo in quanto viene ad essi riconosciuto dallo Stato una personalità giuridica. Lo Stato eleva gli elementi del popolo alla dignità di persona e così, mentre li rende partecipi della sua dvita, mette a loro disposizione i mezzi di cui dispone, erchè ciascuno possa godere i beneficí di quell'ordinamento. Ma tutto ciò richiede una radicale trasformazione della rappresentanza politica, acciò poggi su di una base organica e non su di una base numerica. E questo ora il nostro governo tende a fare con le riforme ardite, che le esigenze dei nuovi tempi richiedono.

Sotto un altro aspetto il popolo è congiunto allo Stato da un rapporto di ordine obbiettivo, ciò esso apparisce quale obbietto del potere statuale. I comandi dello Stato si rivolgono al popolo nella sua totalità e nelle sue parti e creano obblighi positivi e negativi per tutti coloro che compongono quella data convivenza. Tutti vi sono egualmente soggetti e solo in quanto tutti li osservano, può conseguirsi e mantenersi un ordinamento giuridico. La forza e la compattezza dell'ordinamento è proporzionale al grado e al modo di obbedienza degli elementi, che lo costituiscono. Nasce così il rapporto di sudditanza, la relazione fra Stato e sudditi, per cui quegli stessi elementi, che costituiscono lo Stato, diventano oggetto del suo potere. La doppia posizione, che assumono i medesimi elementi si comprende, quando si pensa che lo Stato è un ordinamento obbiettivato di volontà, che vive e si muove per mezzo di volontà, onde uno stesso volere può agire come organo di quell'ordine, e come volere individuale soggetto ai comandi, che da quest'ordine provengono.

Anche sotto questo aspetto possono apparire dualismi e contrasti, perchè i diversi elementi del popolo possono atteggiarsi in una diversa posizione di fronte ai comandi dello Stato; e mentre gli uni possono assumere una po-

sizione autonoma o privilegiata, altri appariscono interamente soggetti. Questa varia posizione degli elementi del popolo e in rapporto col loro grado di fusione, come anche col grado di unità e di compattezza, che ha potuto raggiungere l'ordinamento statuale. La tendenza di esso è quella di conseguire un grado eguale di obbedienza da parte di tutti gli elementi che lo compongono. È questa la tendenza di ogni forma di ordinamento, chè tanto meglio puo raggiungere i suoi scopi, quanto più riesce a farsi obbedire dagli individui sui quali impera. Ma nello Stato una tale tendenza raggiunge un massimo d'intensità e può attuarsi nel modo più completo, essendo lo Stato ordinamento massimo e indispensabile, come è indispensabile il diritto. Nella storia dello Stato assistiamo alle lotte sostenute per l'attuazione di tale tendenza, che solo nello Stato moderno ha trovato le condizioni più propizie per esplicarsi pienamente. Anche a tal riguardo le velleità d'insubordinazione non sono propriamente dirette contro lo Stato, ma piuttosto contro una forma determinata di ordinamento statuale. Le anarchie non possono essere situazioni durature, appunto perchè non sono ordine e provocano sempre, per reazione, ordinamenti più autoritari e anche più tirannici. Il concetto di un ordinamento anarchico è concetto puramente poetico, sogno utopistico, che può attrarre per la contraddizione, che racchiude e per le illusioni, che alimenta.

§ 33. — L'altro elemento materiale dello Stato è il territorio. Esso è costituito dalla estensione della superficie terrestre sulla quale lo Stato esiste ed esercita il suo impero. Il territorio è la base materiale dello Stato, necessaria per la completa estrinsecazione ed affermazione della sua sovranità, come anche per la determinazione dei rapporti fra gli elementi del popolo.

Sotto quest'ultimo aspetto dobbiamo osservare che ogni convivenza esiste sopra una data zona di superficie

terrestre e da essa provengono influenze di ogni genere, che mentre valgono a fissare in una data sede gli elementi, che la compongono, contribuiscono a plasmare le coscienze e la forma stessa dell'aggregato. Questa estensione, non solo fornisce lo spazio, su cui la convivenza si forma, determina i modi come la popolazione potrà raccogliersi e distribuirsi, procura in maniera diretta o indiretta, tutto ciò che è necessario per la sussistenza degli individui; ma fa sorgere anche una quantità di vincoli spirituali, che mentre valgono a rinsaldare la compagine del popolo, generano l'attaccamento di esso a quella data sede. La terra, e tutto ciò che sopra di essa esiste, sia quale prodotto della natura, sia quale prodotto dell'uomo, ha la potenza di localizzare le impressioni, che si ricevono fino dall'infanzia, i ricordi piacevoli e dolorosi; onde una gran parte delle nostre abituali associazioni d'idee e di sentimenti hanno spesso un luogo determinato per punto di partenza o di arrivo. Vi sono poi tutte le altre influenza di ordine materiale e spirituale, che provengono dall'ambiente fisico, quindi dal clima, dall'elevazione, dalla posizione geografica, dalla disposizione topografica, dalla fauna e dalla flora, e via di seguito, che in vario senso operano sul fisico e sul morale delle persone che vivono in esso. Non si deve neppur trascurare l'azione, che la natura dei varî luoghi esercita sul senso estetico, promuovendo certe manifestazioni del sentimento del bello, che a poco a poco si organizzano nelle coscienze del popolo e contribuiscono alle sue creazioni artistiche.

Per opera di tutte queste forme d'influenze il popolo si collega sempre più intimamente con una data sede e da questa connessione nasce il sentimento di patria. Il territorio allora diventa qualche cosa di più che una semplice base materiale della convivenza entra in molta parte della sua vita spirituale (1).

(1) Vedasi il mio volume: *Stato e Nazione*, Firenze, 1890, pag. 35 e seg.

Dal punto di vista giuridico il territorio si presenta con lo Stato in quella duplice connessione che abbiamo notato fra Stato e popolo. Abbiamo cioè un rapporto subbiettivo e un rapporto obbiettivo fra Stato e territorio. Sotto l'aspetto subbiettivo il territorio apparisce quale un elemento costitutivo dello Stato. Senza un territorio uno Stato non può esistere, perchè non può determinare i limiti del suo potere, nè in modo per affermare questo definitivamente. E del resto lo Stato è storicamente sorto con i suoi caratteri specifici, quando i popoli si sono stanziati in sedi stabili. Sotto l'aspetto obbiettivo, lo Stato è oggetto del potere statuale, cioè è sottoposto alla sovranità dello Stato, che su di esso si costituisce. Lo Stato ha su di esso un diritto di giurisdizione, che si fa valere di fronte agli altri Stati, escludendo qualunque forma d'ingerenza diretta da parte di essi e di fronte ai sudditi, non tollerando che, entro quel territorio, questi costituiscano poteri superiori al proprio o si sottraggono al suo dominio. Ma il diritto dello Stato sul suo territorio non è un diritto di proprietà, quantunque apparentemente ne presenti alcuni dei caratteri più salienti, sì bene è un diritto sulla cosa, quale mezzo per l'esercizio della sua giurisdizione.

Questo duplice rapporto fra Stato e territorio è in fondo un riflesso del duplice rapporto fra popolo e Stato, perchè il territorio non è che il mezzo materiale con cui lo Stato afferma e fa valere il suo potere sul popolo. Onde il territorio apparisce quale elemento costitutivo dello Stato, in quanto è elemento essenziale della vita del popolo ed è obbietto dello Stato in quanto offre allo Stato il modo per esplicare la sua azione sul popolo, escludendo su di esso altri domini politici. Questo carattere di mezzo apparisce anche in quelle manifestazioni in cui, a prima vista, il rapporto sembrerebbe assumere carattere diverso. Così, il dominio sul mare territoriale ha l'apparenza di un rapporto diretto sulla

cosa, mentre non è che un mezzo per affermare e difendere la sovranità sul popolo e di fronte agli altri Stati.

Bibliografia. — Hegel, *Filosofia del diritto*; Trendelenburg, *Diritto naturale*; Ahrens, *Dottrina gen. dello Stato* (*Bibl. di sc. pol.*, vol. VII); Bluntschli, *La dottrina generale dello Stato* (trad. Trono); Gneist, *Lo Stato secondo il diritto* (*Bibl. sc. pol.*, vol. VII); Bahr, *Lo Stato giuridico* (*Bibl. sc. pol.*, vol. id.); Laband, *Das Staatsrecht des deustch. Reiches*; Seydel, *Principii di una dottrina gen. dello Stato* (in *Bibl. di sc. pol.*, serie II, vol. VIII); Jellinek, *Allgemeine Staatsl.*; Berölzheimer, *System der Rechts und Wirthschaftsphilosophie*, vol. II, *Philosophie des Staats*; Miceli, *Lo Stato e la Nazione*; Id. *Principii di dir. costituzionale*, II ed., pag. 100 e seg.

CAPITOLO IV

Le fonti della norma giuridica.

§ 34. — La fonte della norma è quel fatto da cui essa prende origine. Al giurista basta la constatazione di questo fatto, ma a noi importa conoscere le cause, che lo producono e il modo come si produce. Infatti la fonte è il punto di congiunzione fra il fenomeno sociale e il fenomeno giuridico e costituisce il modo col quale si determina il passaggio dall'uno all'altro. Questo passaggio si verifica per mezzo di un concentramento di energia psichica provocato dalle esigenze della vita e per cui le volontà sono indotte ad agire in un dato modo per il raggiungimento di certi scopi. Tale concentramento di energia psichica dà quindi origine a un comando, che s'impone a tutta una collettività. Esso si produce in vario modo e perciò può generare tre differenti processi, che assumono lo aspetto di una *for-*

mulazione, di una *formazione* e di un *accordo.* Il comando può venire infatti nettamente formulato in un dato momento, o può formarsi con lento processo, o può risultare da un concorso esplicito di voleri concordi. Tali processi si distinguono per il modo come si connettono al potere statuale e per le cause psichiche, in forza delle quali si producono. Tutte e tre questi processi infatti si collegano con l'esistenza e con l'azione di un potere, che risulta anch'esso da una somma di forze psichiche concentrantesi o in via di concentrarsi nella coscienza degl'individui, congiunti in una data convivenza, ma vi si collegano in differente maniera.

Quando si produce la formulazione, il potere già esiste onde la norma non è che un suo diretto comando; questo è il caso della *legge,* che è perciò la *formulazione* di una norma da parte del potere. In questo caso la norma acquista la sua forza da un concentramento di voleri già verificatosi a favore dello Stato, onde rappresenta una data disposizione della forza psichica, che il potere è pervenuto a concentrare. La sua forza obbligatoria è quindi, in genere, proporzionale all'autorità, di cui gode il potere. Quando invece si produce la *formazione,* il potere può non esistere quale ordinamento specifico, o se esiste, non agisce direttamente sulla costituzione della norma, quantunque, prima o poi, intervenga sempre a rinforzare o a riconoscere l'autorità di essa. È il caso appunto della *consuetudine giuridica,* che non viene formulata in un dato momento, ma si *forma* lentamente. In questo caso il concentramento della forza psichica si opera a misura che la norma si determina ed acquista autorità, generando la convinzione giuridica che quel dato modo di agire sia conforme al diritto praticato. Nell'*accordo* infine, il potere e la norma sono, a così dire, coevi, in quanto che quel medesimo concentramento di forze psichiche, il quale conduce all'accordo, conduce

anche alla formazione di una specie di potere e di alcune norme fondamentali, che regolano il modo come si deve svolgere questo potere. La volontà collettiva, quale risulta dall'accordo, appunto perchè collettiva, si pone come superiore alle volontà singole e s'impone ad esse come una volontà estranea. L'accordo, in questo senso, non è il semplice patto e non implica scambio di utilità, ma è un patto normativo e vale a porre una norma regolatrice della condotta di coloro, fra i quali si determina.

Questa terza categoria di fonti venne messa in luce quando gl'internazionalisti si trovarono nella necessità di costruire il diritto internazionale su di una base giuridica, come abbiamo già notato. Ma ora viene mano mano abbandonata da parecchi giuristi, sopra tutto dai cultori del diritto internazionale, i quali non sanno rispondere alle critiche degli avversari, per mancanza di approfondimento della cosa.

L'obbiezione principale si basa su di una concezione puramente formalista del diritto, che non ha nessun fondamento nella essenza del diritto. Essa infatti prende a criterio di distinzione solo le formalità, con le quali si stipula l'atto, un criterio esterno. E quindi considerando, che i due atti si compiono con le medesime formalità, conchiudono che fra i due atti non vi può essere alcuna differenza. Sicchè basano il loro criterio, per negare una distinzione, che ha tanta importanza, su di un elemento puramente esterno! Quindi questa critica fa una confusione tra la forma esterna e il contenuto formale dell'atto, e conferisce la massima importanza alla forma esterna e trascura del tutto il contenuto formale, che è la parte più importante della norma. Per mostrare a quali conclusioni potrebbe condurre questo criterio, se si addottasse nel dominio del diritto, basta citare un solo esempio tipico. Se si accettasse questo criterio, si dovrebbe conchiudere che tra

legge-norma e legge-provvedimento, non esiste alcuna distinzione nel loro contenuto formale, perchè tanto l'una quanto l'altra si fanno con le stesse formalità.

Questa critica è poi destituita di ogni fondamento fisolosifico e giuridico, quando i critici si fondano su di altra base per negarla: cioè che questa distinzione non può applicarsi a tutti i casi, perchè vi sono dei casi, in cui non si distingue con precisione a quale delle due forme debba appartenere. Questa critica si basa su di una falsa concezione del carattere delle distinzioni, che si fanno e si possono fare nelle scienze empiriche e trasporta quindi nel dominio delle scienze empiriche il criterio, che può valere soltanto nel dominio della filosofia.

Per spiegarci meglio, diciamo, che il principio che informa le distinzioni nel dominio della filosofia è che esse devono avere un valore assoluto ed universale, quindi non ammette casi dubbi di nessun genere. Mentre il criterio che deve dominare nelle scienze empiriche e può quindi valere per tutte le singole scienze naturali, per tutte le singole scienze sociali e quindi anche per il diritto, è un criterio basato sulla contingenza e sulla relatività; e deve anche applicarsi quando si vogliono differenziare queste singole scienze le une dalle altre. Quindi non può condurre a distinzioni precise di valore universale e deve tollerare i casi dubbi, cercando di risolverli. Altrimenti nessuna scienza empirica potrebbe esistere! Del resto adottando il criterio del contenuto formale, siamo convinti che il più gran numero dei casi dubbi si possono risolvere, anzi riteniamo che si possono risolvere quasi *tutti i casi*.

Abbiamo così le tre categorie di fonti principali del diritto positivo: la legge, la consuetudine, il patto normativo, dovute a tre forme diverse di concentramento delle volontà. Ma, in fondo, queste tre forme si riscontrano in ciascuno dei tre tipi, poichè ogni fonte sup-

pone un accordo di volontà, che non può sorgere improvviso in un dato momento, ma è sempre, più o meno il prodotto di una lenta formazione. E infine esso non può esprimersi che per mezzo di una determinata formula.

Se non che queste tre forme acquistano diverso rilievo nei tre tipi di fonti. Così, nella legge, la formulazione è la forma caratteristica, poichè con la legge la volontà del potere si estrinseca in un momento determinato quale *formula* di comando. Mentre nella consuetudine il lato caratteristico è la formazione, poichè in essa l'accordo dei voleri si va formando per mezzo di una ripetizione, vera o supposta, di atti e la norma attinge alla ripetizione e al convincimento che ne deriva, tutta la sua forza di comando. Finalmente, nel patto normativo è lo stesso *concorso di voleri* che costituisce il lato caratteristico, poichè è da questo che la norma proviene direttamente.

Questi tre tipi costituiscono le fonti che i giuristi chiamano *dirette,* poichè da esse il diritto scaturisce direttamente, senza l'intervento di altre volontà. Ma non hanno la medesima importanza, nè la medesima energia formatrice della norma in tutte le epoche della vita del diritto, ne in tutte le parti di esso. Nelle epoche di primitivo sviluppo e nelle parti meno evolute del diritto acquistano primaria importanza il patto normativo e la consuetudine, poichè allora, o per la imperfetta costituzione del potere, o per la mancanza di un potere specifico, la funzione legislativa non può esplicarsi, o si esplica in un modo irregolare e incompleto. Invece, nelle epoche più progredite o nelle parti più evolute del diritto, assume una spiccata prevalenza la legge, perchè lo Stato si è nettamente specificato nelle sue attribuzioni e si è prodotta una decisiva subordinazione degli elementi sociali agli organi del potere.

§ 35. — Ma, oltre che da queste fonti dalle quali

la norma scaturisce in via diretta, la norma può scaturire in maniera indiretta dall'intervento di volontà diverse da quelle che originarono la norma, le quali operano come istrumenti rivelatori, non propriamente formatori del comando giuridico, quantunque nel fatto esse riescano a modificare il comando originario o a generare nuovi comandi. Si hanno così le fonti che i giuristi chiamano *indirette,* quantunque non siano vere fonti normali, ma semplici fonti di fatto. Queste fonti possono ricondursi a due gruppi principali: l'interpretazione e le azioni degli uomini. Nel primo caso si ha un'intervento pienamente cosciente di volontà, che cercano rendersi conto del significato della norma; nel secondo invece si ha un intervento quasi incosciente di volontà che operano entro i confini della norma o per l'osservanza di essa.

Ogni norma, in qualsiasi modo abbia avuto origine, deve essere innanzi tutto compresa per potere essere applicata ed osservata. La norma non opera in modo meccanico, ma in modo psichico, deve cioè passare da una coscienza ad un'altra e questo passaggio costituisce già una interpretazione, poichè ogni coscienza costituisce un piccolo mondo a sè, che, fino a un certo punto, percepisce e comprende a modo proprio, onde è inevitabile che una volontà, nel comprendere e nel comunicare il contenuto di un'altra volontà, aggiunga o modifichi qualcosa. Una volontà non è mai in tutto e per tutto il cieco istrumento di un'altra volontà; essa è sempre una forza viva, un centro di attività psichiche.

Nel fatto poi avviene che la norma non è sempre chiara e precisa, non è sempre nettamente formulata da una sola volontà, ma porta più o meno le tracce delle diverse volontà che contribuirono a formarla; e d'altra parte non può riuscire effettivamente regolatrice, senza riflettere in qualche modo le nuove condizioni di fatto, alle quali deve applicarsi. Tutto ciò lascia

presupporre una interpretazione, la quale non è in fondo che adattamento della norma e quindi genera una serie più o meno grande di modificazioni, che s'insinuano nel comando originario.

Ora, l'interpretazione può essere l'opera libera e spontanea di un gruppo determinato di persone o anche di tutta una collettività; o invece può esser l'opera di coloro che devono applicare e far valere la norma. Nel primo caso essa non opera direttamente a modificare la norma, ma opera in maniera indiretta e solo in quanto la opinione dei giuristi in ispecie o l'opinione pubblica, in genere, induce le autorità competenti ad interpretare in un dato modo la norma. Nel secondo caso, opera direttamente, poichè la norma agisce, non per quella che è, astrattamente presa, ma per quella che viene intesa da coloro che l'applicano e la fanno valere. Essa non è un corpo morto, è un organismo vivente; ma la sua vita dipende in gran parte dal moto, che le imprimono, dallo spirito che le comunicano coloro che la rendono operativa, cioè dal modo come essi la interpretano.

Questa interpretazione può essere mutevole ed oscillante, secondo mutano le condizioni dei fatti o il modo di pensare di coloro che applicano la norma; o può invece fissarsi in un dato modo ed essere costantemente seguìta dalle medesime autorità. Solo in quest'ultimo caso dà origine a quelle norme di fatto che prendono il nome di *giurisprudenza costante*. S'intende che qui prendiamo l'espressione giurisprudenza nel suo significato più generico, in modo d'abbracciare tutte le costanti deliberazioni degli organi per mezzo dei quali si esplica e si fa valere la volontà contenuta nella norma.

Onde la giurisprudenza è sempre una interpretazione o l'effetto di una interpretazione, ma è una interpretazione attuosa, poichè il suo compito è quello di tradurre

in atto una regola. Differisce perciò dalla interpretazione libera, non autorizzata, che mira all'intendimento della norma. Certo, trattandosi di norme, l'intendimento non può aver valore se non mira all'applicazione, ma questa non può essere opera dell'interpretazione libera, poichè le persone, onde questa proviene non hanno il potere d'applicarla. Nonpertanto le due forme d'interpretazione sono strettamente connesse, tanto che il nome di giurisprudenza è stato esteso ad entrambe. Se è vero che l'interpretazione libera ha una *funzione* teorica e quell'autorizzata ha funzione pratica; è anche vero che la funzione pratica suppone quella teorica e questa tende a tradursi in quella. Gli organi del potere non possono prescindere dalla pubblica opinione, sopra tutto dalle opinioni autorevoli dei giuristi; e queste hanno di mira le azioni degli organi del potere, allorchè esprimono il significato della norma. La connessione può diventare così intima, da generare una vera fusione, come quando la classe dei giuristi acquista tale autorità, da diventare di fatto o anche formalmente, una specie di organo del potere.

La giurisprudenza è la grande motrice del diritto, quella che presiede al suo quotidiano e incessante moto di adattamento e di sviluppo e quella che in gran parte lo determina, pur mantenendosi sempre, almeno apparentemente, entro i suoi limiti formali; perciò non è, o almeno non apparisce, quale una fonte formale, ma è e rimane sempre una fonte di fatto. Essa non può assurgere al grado di fonte formale, se non trasformandosi in una delle tre fonti dirette e perciò cessando di essere giurisprudenza. Ed alle fonti formali attinge tutta la sua autorità di fonte, poichè in tanto può operare quale motrice del diritto, in quanto può essere sorretta dal convincimento che essa non sia se non una interpretazione delle fonti dirette. La sua azione modificatrice del diritto perciò non è, o almeno non deve

apparire, se non quale esplicazione di ciò che il diritto già contiene. Il convincimento contrario le toglie ogni autorità di fonte.

§ 36. — L'altra fonte indiretta è determinata dall'azione degli uomini in quanto si muovono entro i limiti della norma o per l'attuazione di essa. Qui troviamo una fonte della quale i giuristi non fanno esplicita menzione e non pertanto essa ha un'influenza originaria e preponderante nella formazione delle norme in genere, come in quella delle norme giuridiche in ispecie. Non ne fanno menzione, perchè essa non ha carattere formale, nè apparisce in qualche modo congiunta con le fonti normali, ma si riferisce interamente alle forze, che provengono dal contenuto, alle esigenze, che fanno muovere gli uomini. Ciò nonpertanto è in essa che risiede la vera forza viva del diritto (1). La norma per sè stessa presa è un'astrazione, la realtà è costituita dall'insieme degli atti che si svolgono in un dato modo, secondo una data direzione, per il raggiungimento di un dato scopo.

Le azioni degli uomini possono esercitare nel fatto una funzione creatrice o modificatrice secondo che si esplicano in un campo di attività non ancor regolato, o pure si esplicano per la esecuzione o l'osservanza di una norma esistente. Ma perchè possa verificarsi questa partecipazione di fatto dei cittadini alla creazione del nuovo diritto, occorre che esso lasci una sfera libera di attività intorno agl'individui proporzionata alle esigenze indispensabili del vivere civile e quindi basata sul principio di giustizia e di utilità, che, come diremo in seguito, sono i fondamenti del diritto, e la norma non pretenda di regolar tutto, fino ai più minimi particolari, degenerando in una casistica. Perchè in tal caso gl'in-

---

(1) Si veda il mio scritto: *Gli elementi vivi del diritto*, in *Rivista Scientia*, vol. VIII (1910).

dividui non possono apportare nessun contributo alla creazione e allo sviluppo del diritto. Queste azioni possono dividersi in due grandi categorie: in azioni mutovoli ed in azioni costanti, che si ripetono, presso a poco, nel medesimo modo. Le prime non possono avere molta influenza sulla creazione e lo sviluppo del diritto, perchè non riescono, a causa della loro mobilità a tradursi in forme fisse ed obbiettivate. Ma possono non pertanto portare un contributo importante nella soluzione dei casi, che i giuristi chiamano i *casi singoli,* cioè casi, che devono essere sottoposti dal magistrato sotto l'azione della norma. Il modo, come si sono comportati, come hanno agito, coloro che hanno intrecciato un rapporto giuridico, può fornire indizi, che valgono ad appoggiare una interpetrazione della norma in un senso, o in un altro, per poter ricondurre il caso sotto l'azione di essa. Qui l'azione degli uomini agisce in modo indiretto, dando origine a costanti cooperazioni e coordinazioni di atti, perchè suppongono bisogni costanti. Le volontà singole si vanno allora plasmando, in un modo di volere comune, che contiene e riduce gli arbitri. Elementi psichici di vario genere conducono a questa specie di fusione della volontà, che è del resto la base di ogni norma ed una delle cause più importanti è certamente l'atto, come tale, che ripetendosi, alla sua volta stimola l'energia volitiva a muoversi in quella data direzione.

Da ciò la connessione fra le due categorie di atti: gli accidentali e i costanti. Quelli costituiscono il primo inizio, la prima spinta. Un atto accidentale si distingue, dagli altri, perchè costituisce una nuova coordinazione d'energia volitiva e possiede perciò una forza sua propria, una tendenza a ripetersi, che può aumentare col numero delle persone, che hanno contribuito a produrlo. Se non si ripete, rimane atto singolo, isolato, resta nella prima categoria; se si ripete, diventa a poco a poco uniforme,

costante, entra nella seconda categoria. Onde, senza la prima categoria, la seconda non potrebbe prodursi; ma senza di questa, la prima non potrebbe produrre effetti duraturi. Una nuova coordinazione di atti non può generarsi senza un nuovo atto iniziale; ma senza la ripetizione dell'atto iniziale, la nuova coordinazione non potrebbe fissarsi.

Le azioni degli uomini si collegano intimamente con la interpretazione, con la quale possono, fino a un certo punto, confondersi; ma devono considerarsi separatamente per il proprio modo di comportarsi. Si collega con la interpretazione, sia perchè l'azione costante è ordinariamente effetto di una costante interpretazione della norma e acquista autorità per opera di questa; sia perchè l'interpretazione, alla sua volta, acquista efficacia per mezzo dell'atto: l'interpretazione rimane puramente dottrinaria se non è seguita dall'atto. Onde l'atto infonde efficacia e certezza all'interpretazione, mentre questa infonde costanza ed autorità all'atto. Ma d'altra parte, non si può negare che l'atto ha una forza sua propria, indipendente da altre cause, in quanto produce effetti sul mondo esterno, non solo sugli stessi individui che lo compiono, ma anche sugli altri, e genera quindi rapporti, interessi, condizioni nuove, che provocano nuove norme di condotta. E inoltre, l'atto può muoversi in modo indipendente da ogni interpretazione e anche contro di essa; come quando, rispetto a date forme di esigenze, non esiste una norma o non è possibile una vera interpretazione, o si tratta di fatti nuovi provocati da esigenze nuove.

Ciò si osserva in grandi proporzioni, dopo un movimento rivoluzionario, che dà origine a nuovi rapporti, a nuove condizioni di cose, che le vecchie norme non valgono più a regolare; ma in piccole proporzioni si può osservare nella vita di tutti i giorni, in cui una quantità grande di piccole azioni, da parte di tutti i

componenti della convivenza, si accumula in un senso o in un altro, modificando insensibilmente il diritto esistente, o modificandone l'osservanza, il che in fondo non è che una modificazione del diritto; o, ponendo le condizioni di fatto per la formazione di un nuovo diritto. Onde, le nuove norme vengono, per così dire, a chiudere un periodo di attività, di conflitti, d'iniziative ripetute; per essere poi, alla loro volta, scosse e modificate e quindi rinnovate da nuovi conflitti, da nuove iniziative, da nuovi periodi di attività. Anche nel dominio del diritto possiamo dire, con le parole di Fausto: *in principio fu l'atto.*

L'azione degli uomini è essenzialmente una fonte di fatto e perciò non può attirare l'attenzione dei giuristi, ma è sempre l'anima della fonte formale, poichè questa in tanto può valere come fonte, in quanto può essere rispettata e osservata; l'osservanza non è, in ultima analisi, che un insieme di atti. Ma, per l'influenza notevole che l'atto esercita sulla norma, come sulla forza stessa del volere e sul carattere delle sue determinazioni, avviene sempre che questa fonte di fatto non tardi a trasformarsi in fonte formale, e cioè quando la coordinazione degli atti ha raggiunto un certo grado di costanza, quando gl'interessi, onde furono suggeriti, riescono a trovare una forma duratura di conciliazione. La trasformazione più immediata e diretta avviene per mezzo della consuetudine.

L'importanza delle fonti indirette non è sfuggita al giurista, ma essa non può essere apprezzata in tutto il suo valore che dal filosofo del diritto, poichè egli può staccarsi da una considerazione dell'apparato formale e può pienamente comprendere che la norma non è quale risulta da un documento scritto o da una formula tradizionale, ma come la fanno gli uomini che l'osservano e la fanno osservare, onde essa di fatto risulta quale viene interpretata, applicata e vissuta,

Essa vive nelle coscienze e per mezzo delle coscienze e secondo il modo come queste vivono e si trasformano. Perciò non arriveremo mai a intendere in tutta la sua natura il diritto di un popolo se ci limitiamo a studiarlo nelle sue leggi o nella raccolta delle sue consuetudini, come non arriveremo mai a comprendere pienamente il carattere di una persona se ci limitiamo ad osservarne soltanto la fotografia.

Bibliografia. — Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquelle*; Gareis, *Enciclopädie und Methodologie des Rechtwissenschaft*; Merkel, *Juristische Enciklopädie*; Schuppe, *Das Gewohnheisrecht*; Sturm, *Revision der gemeinrechtliehen Lehre von Gewohnheitsrecht*; Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*; Geny, *Méthode de l'interprétation*; Van der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*; Donati D, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giur.*, Miceli, *Le fonti del diritto*.

CAPITOLO V

Le cause che operano nella formazione delle fonti.

SOMMARIO. — 37. La capacità e la ripetizione. — 38. Come operano nelle diverse fonti. — 39. La credenza.

§ 37, — Abbiamo dato il quadro completo delle fonti del diritto. Ora dobbiamo andare più in là e domandarci quali sono le cause ultime che determinano il sorgere delle fonti e in qual modo esse operano. Se la fonte è dovuta a un concentramento di forza volitiva, dalla quale scaturisce il comando, le cause non possono consistere se non negl'impulsi, che provocano e costituiscono questo concentramento. Quest'impulsi sono prodotti dai bisogni, dalle esigenze della vita in comune, dalle idealità, che corrispondentemente ad esse si determinano nella co-

scienza degl'individui. In genere i moventi che possono indurci all'atto sono molteplici, ma non si presentano tutti con una eguale forza, alcuni sono deboli, altri più forti, altri più forti ancora. I più forti assorbono o modificano o paralizzano o distruggono i più deboli, non senza esserne in qualche modo modificati; fino a che un movente acquista la prevalenza sugli altri. Ma la forza dei moventi può essere una forza originaria, cioè una forza che la coscienza accordò loro fin dal loro primo manifestarsi, o pure una forza acquisita con un lento accumularsi di piccole forze, mercè l'opera della ripetizione.

Considerato rispetto alla convivenza questo fenomeno si produce in forza di due cause che producono tutte le forme di coordinazione e subordinazione d'individui e di gruppi e che noi possiamo chiamare delle capacità e il processo della ripetizione. Della capacità abbiamo detto qualcosa sotto il suo aspetto politico, parlando dello Stato. Qui dobbiamo prenderla nel suo significato più generico, quale potenzialità di adattamento all'ambiente e più propriamente alla vita attiva dell'aggregato. Ma questa potenzialità non è dovuta soltanto all'individuo, è dovuta anche all'azione delle forze sociali, che operano a favore dell'individuo e gli danno il modo di dispiegare la sua azione sugli altri individui. La capacità, secondo il significato che le attribuiamo, non è semplice attitudine ad adattarsi, ma anche attitudine a muovere gli altri individui, quindi attitudine sociale.

In ogni convivenza vi è una scala più o meno estesa di capacità, che va dalle minime alle massime, ognuna delle quali possiede una potenza d'azione e d'irradiazione proporzionata alla sua attitudine effettiva e anche a quella che le viene dalla convivenza stessa attribuita. E in proporzione delle sue attitudini effettive o attribuite, ogni capacità induce gli altri individui a cooperare o a subordinarsi in un dato modo. Ma una

capacità non può operare, se non agendo sulle altrui coscienze; ora questa azione può effettuarsi in un dato momento per mezzo di una potente energia, dispiegata tutta in una volta; o pure può effettuarsi per opera di piccole spinte ripetute, che con la loro azione accumulata, producono lentamente gli effetti di una grande energia dispiegata tutta in un dato momento.

Ecco, in poche parole, come si determinano e come operano i due processi, che conducono a quei concentramenti di volontà, dai quali scaturiscono le fonti. Essi operano per la formazione dello Stato, poichè tutte le formazioni sociali sono dovute alla loro azione. Ma nella formazione delle fonti, ora l'uno, ora l'altro, acquista il sopravvento, conferendo a ciascuna fonte la sua impronta caratteristica.

§ 38. — Nella formazione della legge, come in quella del patto normativo, acquista prevalenza l'attività delle capacità. La prima infatti è dovuta alle capacità che detengono il potere e che sono quindi in grado di disporre, in un dato momento, di tutta quella forza di comando che possiede lo Stato. Cioè è dovuto alle capacità che comandano a nome dello Stato e quindi, non solo in forza delle attitudini, che essi posseggono quali individui e che li hanno messi in grado di assumere quella posizione di comando; ma anche in forza dell'autorità e del potere, che ad essi conferisce lo Stato. Anche il patto normativo, che consiste, come sappiamo, in una coordinazione di volontà, è dovuto all'azione di capacità, che dispiegano la loro azione in un dato momento. Sono capacità, che agiscono in nome proprio o quali rappresentanti di altre capacità e che perciò hanno l'attitudine e posseggono il potere d'imporsi e d'imporre la norma.

Invece, nella categoria delle fonti che si determinano col processo della formazione, cioè nella consuetudine, opera il processo della ripetizione (o imitazione, al-

lorchè si guarda dal punto di vista sociale). La ripetizione degli atti, fisiologicamente considerata, genera una *predisposizione* ad agire in un dato modo, psicologicamente produce una *predilezione*, perchè in tal caso la predisposizione diventa più o meno cosciente, per cui alcuni stati emotivi si congiungono con i processi psichici più frequentemente ripetuti e si determina un'abitudine di volere. Nei rapporti sociali genera invece l'*autorità*. Le maniere d'agire ripetute da molti diventano autorevoli, perchè appariscono manifestazione di un comando necessario, dovuto, non all'arbitrio dei singoli, ma all'azione di un comune potere sociale manifestatosi in armonia con le esigenze della vita in comune. Sorge, o può sorgere, ed allora il convincimento che quel dato modo di agire sia conforme al diritto o sia imposto dal diritto, e si genera quindi la consuetudine giuridica.

Nelle fonti indirette si può dire che le due cause operino di conserva. È visibile nell'interpretazione l'opera dei capaci. Le interpretazioni dei più capaci s'impongono a quelle dei meno capaci e acquistano la prevalenza, non solo perchè formalmente possono apparire come più conformi al diritto, ma anche perchè possono meglio trovarsi in armonia con le esigenze della vita o con le aspirazioni delle coscienze. Esse hanno perciò un carattere più rappresentativo. L'istesso avviene per l'altra fonte indiretta. L'azione esercita un'influenza tanto più innovatrice e direttrice, quanto più alta è la capacità, onde proviene e più elevato è il posto che essa occupa, sia nella gerarchia sociale, sia in quella politica.

Ma l'opera delle capacità nei due casi rimarrebbe isolata e infeconda, impotente a generare la norma, qualora non fosse diffusa, generalizzata e in certo modo imposta dalla imitazione. È la ripetizione infatti che genera, o in gran parte contribuisce, a generare l'autorità della interpretazione, a rendere inconcussa la

massima giurisprudenziale, come anche contribuisce a diffondere, a rendere comune e autorevole quel dato modo di agire. Senza iniziativa non si sarebbe interpretazione o azione *nuova*; ma senza la ripetizione, nè l'una nè l'altra riuscirebbero a consolidarsi in una formazione stabile. Onde la capacità e la ripetizione in questo caso agiscono di conserva, si completano e si rinforzano a vicenda: il concentramento di voleri è effetto di entrambi questi meccanismi.

Se non che la cooperazione di questi si verifica anche nelle fonti dirette, quantunque in questo caso non apparisca così evidente per la prevalenza che uno di essi ordinariamente vi assume. Le capacità più forti non riescono ad affermare la loro influenza e ad imporre la propria volontà alle volontà più deboli se non per mezzo di una serie di ripetizioni. Lo stesso comando esplicito è un comando che opera in quanto si suppone ripetuto tutte le volte, che occorre compiere gli atti che esso impone. Ed anche la capacità, presa nel senso sociale, non è in fondo che l'effetto della ripetizione. Perchè infatti la capacità operi come tale, non basta che esista, occorre che sia come tale riconosciuta, che abbia cioè acquistata una certa fama, goda di una certa autorità, ispiri una certa fiducia. Ma il riconoscimento, la fama, l'autorità, la fiducia sono prodotti sociali dovuti sopra tutto alla ripetizione. Cioè sono effetto di opinioni e di sentimenti, che si diffondono da persona a persona, ripetendosi infinite volte. D'altra parte la ripetizione suppone sempre una iniziativa, una innovazione capace di ripetersi. E solo le iniziative più forti, più adatte all'ambiente, meglio rispondenti a certe aspirazioni delle coscienze, hanno questa virtù. Tali iniziative non possono provenire che dalle capacità, essa è in certo modo come un centro radio-attivo, che diffonde una energia, la quale a poco a poco si irradia con un processo più o meno lungo di ripetizione.

Cosicchè le due cause si presuppongono e si completano e contribuiscono entrambi alla formazione del potere, che impone il diritto. La legge non sorge improvvisa dalla testa di un legislatore, ma è il prodotto di bisogni, d'idee, di sentimenti che passano da persona a persona, fino a che non trovano nella coscienza di uno o di pochi la loro sintesi definitiva e la formula, che li fissa in comandi. E l'istesso avviene per il patto normativo, che poggia sempre su di una serie di transazioni, di compromessi, iniziati da pochi, accettati da molti. Nella consuetudine invece il processo della ripetizione, che è così visibile, non potrebbe sorgere senza l'iniziativa di capacità, massime o minime, secondo il genere dei rapporti e l'entità delle modificazioni. Inoltre, caratteristico in questa fonte il riferimento ad autorità divine od umane, che appariscono autori o interpreti di un supposto comando giuridico; onde l'azione decisiva che esercitano sulla formazione della consuetudine i giuristi e in ispecie gli organi giudicanti e lo scambio d'influssi fra di essa e le fonti indirette, le quali trovano nella consuetudine la via più agevole per trasformarsi in fonti formali.

§ 39. — Le due cause cooperano adunque in tutto il dominio delle fonti, come in genere in tutto il dominio della vita sociale. Ma, in fondo, essi sono congiunti ad unità di azione da quel fatto che abbiamo chiamato credenza, di cui anzi non sono che forme diverse di manifestazione. Abbiamo già detto che la capacità, quindi l'influenza che un individuo esercita sugli altri, non è dovuta esclusivamente al suo valore effettivo, ma anche e sopra tutto, al valore che gli si attribuisce, cioè a quello che gli *credono* circa le sue attitudini. Finchè una capacità non è *creduta* come tale la sua azione nella convivenza è nulla. Per questo la capacità sociale può definirsi un prodotto della credenza. Certo la credenza tende ordinariamente a collegarsi al

valore effettivo della persona e allora abbiamo il caso della capacità vera; ma può anche collegarsi con un valore immaginario, e allora abbiamo il caso della capacità falsa, ma ciò non toglie che questa, finchè è creduta come vera, eserciti un'azione sull'ambiente, in cui si manifesta e quindi anche sulla determinazione della fonte.

Anche l'altra causa si determina per mezzo di credenze e opera con l'azione di esse. In tutti i casi, infatti, in cui si verifica un processo di ripetizione e d'imitazione, possiamo scoprire un elemento di credenza. Noi tendiamo ad imitare quello che *crediamo* in qualche modo vero, bello, buono, utile, pratico, opportuno, e ciò non in base a un ragionamento pienamente logico, a una convinzione pienamente fondata, frutto di una dimostrazione esauriente; ma in base ad una opinione che sorge spontanea nella nostra coscienza in connessione col nostro carattere, col nostro modo abituale di pensare e di agire, di una credenza determinata più che dalla nostra intelligenza, dalla nostra volontà. Sicchè il più delle volte non sappiamo renderci pieno conto del perchè abbiamo agito a quel modo, o pure diamo ragioni insufficienti per spiegarcelo. E più quest'elemento di credenza è accentuato, e più attivo diventa il processo d'imitazione. Acciò l'imitazione si diffonda occorre che si determini, almeno per quel lato, un certa armonia fra le coscienze, ed esse diventino, a così dire, più permeabili rispetto a quel dato modo di agire. Ma esse possono tanto più facilmente diventarlo qnanto più vi sono predisposte da una credenza comune, che elimini la discussione e induca ad accettare il modello, che proviene dagli altri. E d'altra parte, più l'imitazione si diffonde, più naturalmente cresce il numero di coloro, che seguono e accettano ciecamente. Lo spettacolo stesso della diffusione parla più vivamente alla fantasia e al sentimento e rende mano mano

le coscienze più permeabili e meglio disposte a credere nella superiorità e nel valore di quello che s'imita.

Sicchè le due cause, quella delle capacità e quella dell'imitazione sono, nel medesimo tempo, un prodotto della credenza e gl'istrumenti, a dir così, di cui questa si serve per generare, diffondere e conservare certe comuni maniere di pensare e di agire, quindi tutte in genere le forme di coordinazione e di subordinazione sociale, come in ispecie quei concentramenti di volontà e quelle coordinazioni di atti, da cui scaturisce la norma di diritto. Considerando sotto questo aspetto la fonte, possiamo dire che essa è il prodotto di quella forma speciale di credenza, che prende il nome di convincimento giuridico. Il diritto è il prodotto del convincimento; senza l'azione di questo un dato modo di agire può cadere nel dominio del costume, della religione, della morale, dell'economia, ecc.; non mai in quello del diritto.

CAPITOLO VI

Caratteri specifici della norma giuridica. Forma e contenuto.

Sommario. — **40. Contenuto formale e materiale. — 41. Il contenuto formale in ispecie. Il contenuto materiale.**

§ 40. — Possiamo ora passare a una determinazione più specifica dei caratteri della norma giuridica. E innanzi tutto ci si presenta la distinzione fra forma e contenuto, che per la sua importanza, per gli equivoci, che possono sorgere a tal riguardo, merita un esame più attento e più profondo. Come abbiamo già detto, la forma è data dal comando obbiettivato in un dato

modo, il contenuto è dato dagli scopi, che il comando si prefigge, dalle condizioni di coesistenza e di cooperazione che esso regola.

Ma nella forma dobbiamo distinguere: la forma propriamente detta, che è data dai caratteri logici, che assume il comando; e il contenuto formale, che è dato dal modo come essa regola i rapporti, come cioè determina le sfere di attività degl' individui, ai quali il comando si riferisce. Questo contenuto, per distinguerlo dal precedente, lo chiameremo *contenuto formale,* mentre indicheremo il primo con la denominazione di *contenuto materiale* o di *elemento materiale* del diritto. In ogni norma giuridica noi possiamo distinguere questi tre elementi, possiamo cioè scorgere un comando coattivo proveniente dal potere (forma propriamente detta) che si rivolge a certi individui per regolare in un dato modo la loro attività (contenuto formale) in vista di certi scopi e per rispondere a certe esigenze della vita.

§ 41. — Esamineremo i caratteri formali propriamente detti nei prossimi capitoli, qui ci fermeremo alquanto sui due contenuti. Innanzi tutto occorre mettere in rilievo la necessità della distinzione. Il contenuto formale non è che il contenuto del comando e costituisce una parte essenziale di esso. Non si può dare comando che non comandi qualche cosa in un qualche modo, che non abbia cioè un proprio contenuto formale. Quando i giuristi parlano di contenuto formale, è a questo appunto, che essi intendono riferirsi. Ma esso non può confondersi col contenuto materiale.

La norma ha dunque sempre un proprio contenuto formale, che ne costituisce la sua ragione di essere e la fa esistere come vera norma giuridica. Essa infatti regola e determina la attività degli individui ai quali si rivolge, allargando o restringendo il loro potere nell'ordinamento giuridico. Una norma che non faccia questo, non è norma, è una semplice affermazione logica,

o un comando astratto, senza pratica efficenza, o la formulazione di un principio, che potrà essere tradotto in norma in un tempo avvenire, ma non è norma attualmente. Una vera norma deve dunque determinare in un dato modo l'attività degl'individui e questo modo deve essere diverso in parte da quello con cui l'attività veniva regolata dall'ordinamento esistente. Cioè ogni norma deve apportare una qualche modificazione e in quest'ordinamento, deve aggiungere, togliere, spostare, riordinare in qualche modo una data categoria di rapporti, conferendo nuovi diritti, imponendo correlativamente nuovi doveri, o pure eliminando alcuni doveri e alcuni diritti. Come dicono i giuristi, la norma deve innovare sull'ordinamento giuridico esistente. Una norma che non innovi, non fa che ripetere il contenuto formale e così, per conseguenza, non è una vera norma.

Il contenuto formale della norma è dunque una innovazione sul diritto precedente, permette perciò ad ogni norma di distinguersi da tutte le altre norme, costituisce la sua fisionomia, la sua individualità nell'ordinamento giuridico. Si può dire, sotto questo aspetto, che il contenuto formale qualifica la norma, ne costituisce uno dei suoi più importanti caratteri distintivi, si collega agli altri suoi caratteri formali e deve essere sempre considerato in connessione con essi, allorchè si tratta di determinare se un dato comando costituisca una vera norma giuridica. Così, quando noi diciamo che la norma è un comando del potere accompagnato da una sanzione, non avremo ancor detto tutto, poichè il potere può comandare una seconda volta ciò che ha comandato precedentemente e allora abbiamo la ripetizione di un comando, ma non una vera norma. Essa potrà valere a rinforzare l'efficacia morale del comando, ma se non è accompagnata da una nuova sanzione, non potrà rinforzare l'efficacia giuridica, non opporterà nessuna vera innovazione nell'ordinamento esistente.

La norma giuridica, come del resto qualunque altro genere di norma, è adunque per sua natura innovatrice, perchè apporta sempre un piccolo o grande cambiamento nella condotta; il che significa che ha sempre un contenuto formale, più o meno, diverso dai contenuti delle altre norme. Ma questa diversità può consistere, non solo nella novità della disposizione, si bene anche in un cambiamento, nella estensione del comando, o nel suo grado di certezza, o di rigidità, o nella natura della sanzione. Ad esempio, una disposizione riferentesi a un dato gruppo di individui può essere estesa, pur rimanendo identica, ad altri gruppi d'individui; o da un gruppo di rapporti può essere estesa ad altri gruppi di rapporti. La norma che determina questa estensione è vera norma, poichè con l'estensione il contenuto formale si è modificato, nuove sfere di attività e nuovi rapporti vengono da esso regolati in maniera diversa. Così ancora, una norma che trasforma in legge una consuetudine è vera norma, perchè aggiunge al contenuto formale un grado di certezza e di rigidità, che prima esso non possedeva. Parimenti, una norma che, nei paesi in cui vige la costituzione così detta rigida, trasforma una legge ordinaria in legge costituzionale, è anch'essa una vera norma, perchè aumenta la rigidità del contenuto formale. Quel contenuto d'ora in poi non si potrà più modificare con le ordinarie formalità, con le quali si modificano le altre leggi, o per mezzo degli ordinari poteri legislativi. Il contenuto acquista per conseguenza nuovi caratteri e, pur regolando nel modo medesimo i rapporti e le sfere di attività, che regolava la semplice legge, li regola non pertanto con diversa efficacia giuridica. L'istesso bisogna dire per un cambiamento nella sanzione, il quale può accrescere o diminuire l'efficacia giuridica del comando o determinare nuovi cambiamenti di rapporti in caso di violazione.

L'innovazione che apporta ogni norma, a causa del suo contenuto, più o meno diverso, riguarda direttamente la sfera di rapporti ai quali il comando si rivolge; ma può anche riverberarsi indirettamente più o meno sulle altre norme o su tutto l'ordinamento giuridico, sia per la connessione che quei rapporti hanno con gli altri rapporti regolati, sia per gli elementi nuovi, che introduce nell'ordinamento formale, onde possono in qualche modo risultarne i principî informatori. Essi sono come nuovi elementi di vita che, a traverso la norma, penetrano nell'apparato formale e gl'infondono uno spirito nuovo, o gl'imprimono un nuovo orientamento. Non sempre questo secondo genere d'innovazione si rivela, in modo chiaro, non sempre si percepisce immediatamente, spesso rimane in certo modo, allo stato latente, opera come di nascosto e poi fa sentire apertamente la sua influenza nel momento opportuno.

Sia come si voglia, è peraltro indubitato che ogni norma rimane in vita finchè rimane immutato il suo contenuto formale; col cambiamento di esso, la norma cessa di esistere in tutto o in parte, proporzionalmente al cambiamento avvenuto, per cedere il posto a una norma diversa. In questo senso si può dire che la norma, come in genere, tutto l'ordinamento giuridico vigente, abbia uno specifico contenuto formale. Esso non esiste fuori del diritto, ma esiste nel diritto e per mezzo del diritto e perciò può considerarsi come una sua creazione. Fuori del diritto esistono gli uomini con i loro bisogni e le loro forme di attività, non esiste quella data regola dei rapporti, quindi quelle date sfere di attività, quei dati diritti, quei dati doveri, che le norme determinano e impongono. Il contenuto formale è quindi una combinazione dovuta esclusivamente alla norma.

Non così avviene per l'elemento materiale, esso

esiste indipendentemente dalla norma, ma anche fuori della norma, e ne costituisce non la ragione di essere immediata, ma la ragione di essere remota. La norma si trova di fronte ad esso nel rapporto di mezzo a fine, nel senso che la norma è uno dei mezzi per soddisfare certe esigenze, per raggiungere certi fini. Il contenuto formale della norma è costruito con questi elementi materiali e in questo senso si fonda sulla realtà e la regola. Esso tanto meglio riesce a regolarla, quanto più si fonda, per le sue costruzioni, sugli elementi materiali, prendendoli secondo il loro effettivo valore. Da questi anzi vengono le spinte che conducono alla formazione della norma, come anche le forze ultime, che ne determinano la vita, la forma di osservanza e il grado di obbligatorietà. Onde si è potuto credere più di una volta — e ci crede anche oggi da molti — che il diritto positivo risegga in questi elementi materiali, o sia direttamente costituito da questi, quale prodotto direttamente da un ordine naturale di cause, o pure di fini sociali operanti liberamente, al di sopra della volontà del potere o in modo indipendente da essa. Mentre il diritto positivo, appunto perchè è un diritto posto, non può essere prodotto che dall'azione diretta o indiretta della volontà del potere. Quelle cause e quei fini non possono operare se non quando riescono a muovere in qualche modo questa volontà, penetrando, per mezzo di essa, nell'ordinamento formale. Essi sono quindi gli elementi dei quali o per i quali il diritto si costituisce, i suoi fattori, gl'impulsi per la sua formazione, ma non sono il diritto.

Questi elementi sono stati da noi indicati con l'espressione di *condizioni indispensabili di coesistenza e di cooperazione sociale.* Essi presentano alcune caratteristiche per cui si possono differenziare dal contenuto materiale delle altre norme. Innanzi tutto vi è il loro carattere necessario. Il diritto non regola tutte

le condizioni di vita sociale, ma quelle soltanto che sono indispensabili per l'esistenza della società. Se non che questo non è un carattere assoluto, poichè, a prescindere da certe condizioni fondamentali, come ad esempio quella di non uccidere o di non ledere l'integrità fisica dell'altrui persona, non è facile distinguere quali sono le condizioni indispensabili. E infatti, il contenuto materiale del diritto ha variato da un'epoca ad un'altra, da uno ad un altro popolo e varia incessantemente. Sicchè questo carattere, che poteva apparire come certo, nel fatto risulta molto vago.

Se vogliamo raggiungere un maggior grado di precisione nella determinazione di esso, dobbiamo dire che non tutte le condizioni indispensabili in genere il diritto regola, ma quelle che sono come tali ritenute. È quindi sopra tutto lo stato delle credenze, che determina ciò che il diritto deve regolare, come determina anche il modo secondo cui deve essere regolato, sicchè la credenza apparisce, anche qui, quale un elemento di congiunzione fra il contenuto formale e quello materiale. Certo le credenze, quando non sono aberrazioni dello spirito (e ciò non accade di regola, altrimenti sarebbe impossibile un adattamento dell'individuo alla società) tendono a riflettere le obbiettive condizioni di fatto e far ritenere come indispensabili quelle condizioni, che in un dato momento della vita di un popolo sono effettivamente tali, e così il diritto può adeguarsi in genere alla realtà.

Un altro carattere dell'elemento materiale è l'esteriorità. Il diritto non può regolare che rapporti esterni, quindi non può prendere per sua base che le condizioni esteriori dell'esistenza sociale. Ma anche questo carattere è eminentemente relativo. La storia infatti c'insegna che più di una volta il diritto ha voluto regolare fatti di coscienza e imporre maniere di credere e di pensare. Sicchè anche a tal riguardo non è il

carattere esterno obbiettivamente preso, quello che decide, ma lo stato delle credenze; ed anche qui la credenza sceglie e costituisce l'anello di congiunzione fra i due contenuti. Ma dobbiamo egualmente aggiungere che anche qui le credenze tendono ad adagiarsi sulla realtà, rendendo possibile l'adattamento del diritto alla vita sociale. Così può spiegarsi perchè nelle epoche di profonde credenze religiose il diritto potè regolare tanti fatti di carattere interno e perchè, a poco a poco, lo sviluppo progressivo del diritto ha condotto al riconoscimento di una sfera autonoma per ciascun individuo, entro la quale il diritto si astiene di penetrare. Quantunque poi anche qui il limite ultimo è sempre determinato dalla natura stessa dell'atto. Un atto puramente interno, che non si riveli in alcun modo per mezzo di indizi esteriori, non potrà mai essere direttamente regolato dal diritto.

Gli elementi materiali del diritto possono quindi indicarsi in maniera generica come le condizioni esterne indispensabili di coesistenza e di cooperazione sociale. Una indicazione più precisa non può darsi se non rispetto a un sistema determinato di diritto in un ambiente determinato. Vi è sempre peraltro una specie di processo di osmosi e di entosmosi, di cernita e di eliminazione, per cui certe esigenze entrano nel contenuto formale del diritto ed altre ne escono, o vi sono contenute in maniera diversa da quella, con cui vi erano prima contenute. Si produce così un continuo adattamento del diritto alla vita, a misura che il diritto si sviluppa e la vita si trasforma. In tal senso si può dire che il diritto è organismo vivente e vive la stessa vita della società su cui impera.

CAPITOLO VII

Caratteri normali della norma.

Sommario. — 42. La sanzione giuridica. — 43. Destinatari del comando. — 44. Forma del comando. — 45. Comando cogente e autorizzante. — 46. Cause della forza obbligatoria del comando: l'adesione, l'autorità. — 47. L'opinione pubblica e la responsabilità. — 48. Connessione della sanzione con queste cause. — 49. Carattere della sanzione.

§ 42. — Uno dei caratteri più eminenti della norma giuridica è, come abbiamo detto, il carattere imperativo. La norma giuridica infatti, come del resto ogni norma, non è un consiglio, una preghiera, una esortazione; ma è un comando che vuole essere obbedito ad ogni costo, in tutti i casi. Nella norma giuridica questo carattere acquista un'impronta esternamente più marcata e una forma speciale per mezzo della sanzione giuridica. Questa differisce dalle altre forme di sanzione, sia per l'organo, onde proviene, sia per il modo come si fa valere.

Circa l'organo essa è una sanzione determinata ed inflitta dallo Stato o in genere, da un potere in qualche maniera organizzato. Circa il modo, essa è una sanzione necessaria e inevitabile. Necessaria, perchè congiunta da una specie di vincolo causale con la violazione della norma: inevitabile, perchè, per sua natura, *tende sempre* a raggiungere il violatore della norma. Questi caratteri sono insiti nella natura stessa della sanzione giuridica a causa dell'obbiettività della norma e possono perciò sottrarsi all'azione subbiettiva delle opinioni e dei sentimenti. Onde diventano tanto più marcati, quanto più il diritto progredisce ed estrinseca

la sua propria natura. La sanzione così intesa, costituisce ciò che si chiama carattere coattivo del diritto.

§ 43. — Il comando giuridico si rivolge a tutti gli individui che vivono in seno di un dato ordinamento giuridico, sia in modo precario, sia in modo permanente. Solo a questa condizione è possibile un dato ordinamento giuridico. Per conseguenza, esso si rivolge tanto ai governanti, quanto ai governanti; ai primi perchè lo facciano osservare, ai secondi, perchè l'osservino. Solo che, ora apparisce più direttamente rivolto agli uni, ora più direttamente rivolto agli altri. Sicchè, se si considera rispetto ai suoi destinatari, si può dire che il comando giuridico è bilaterale e contiene sempre, almeno implicitamente, un duplice comando. Ma non è sempre accompagnato da una proporzionata sanzione giuridica in tutte le parti. Per quella parte di esso che si rivolge alle autorità, la sanzione si attenua è può anche cessare del tutto per cedere il posto ad altre forze morali di potenza eguale o anche diversa (maggiore o minore, ma in genere maggiore). Si hanno allora forme di coazione, che non sono più giuridiche e potrebbero chiamarsi *complementari*, perchè esercitano sempre un'azione notevole sull'osservanza del diritto. Ma in questi casi la forza formale del diritto dipendè sopra tutto dal convincimento.

Il comando giuridico non ha presentato sempre questo duplice aspetto. Nelle epoche d'imperfetto sviluppo esso ha carattere unilaterale, cioè lega coloro ai quali è rivolto, non i suoi autori, obbliga i sudditi; non il potere, che può ad ogni istante abolirlo e modificarlo. Ma in processo di tempo comincia a legare anche il potere, fino a che poi si arriva al tipo dello *Stato giuridico,* in cui i sudditi e il potere sono egualmente legati da esso. Ciò accade peraltro solo dal punto di

vista formale, poichè nel fatto il comando giuridico ha sempre più o meno carattere bilaterale. Una norma in tutto dipendente dal capriccio di chi l'impone non è vera norma; mentre nel fatto vediamo che anche nelle epoche d'incompleto sviluppo giuridico, certe norme esistono che vengono rigidamente osservate e fatte osservare e il potere non oserebbe mutarle ad arbitrio. Quello che allora manca è la garanzia formale contro gli arbitri del potere.

§ 44. — Il comando giuridico racchiuso nella norma non può assumere che due forme: la forma *positiva* e quella *negativa,* cioè può imporre di fare o di astenersi; nel primo caso è *comando* nel senso stretto, nel secondo è *divieto.* Onde non esiste una norma puramente facoltativa. La facoltà in senso assoluto non esiste nel dominio del diritto obbiettivo, poichè questa è sempre bilaterale, anche per gli effetti, che produce, come vedremo meglio in seguito, ed implica quindi sempre una correlazione fra diritti e doveri. Acciò il diritto venga garantito, occorre sempre che la norma, nel concedere una facoltà, imponga contemporaneamente l'obbligo di rispettarla e determini i limiti, entro i quali deve muoversi. È nella determinazione degli obblighi e dei limiti che si dispiega la sua azione regolatrice.

Fra l'insieme degli atti comandati e quello degli atti proibiti si estende la zona del lecito giuridico, che è il campo della libertà. Peraltro esso è sempre regolato dalla norma, almeno in modo indiretto, in quanto la norma lo garantisce; onde questo, sebbene sia di là dal confine della norma, pure la presuppone. Ma, per l'indole propria dei due campi di rapporti, cioè quello direttamente e quello indirettamente regolato, vi è fra di essi un certo antagonismo; quando il campo regolato dalla norma si allarga, il campo del lecito giuridico si restringe e viceversa. Lo sviluppo del diritto

segna un successivo restringimento del lecito giuridico, il quale poi si allargava per un altro verso a causa dell'incessante svilupparsi di nuove forme di attività.

Le due forme del comando giuridico sono irriducibili l'una all'altra. I comandi negativi peraltro hanno una certa prevalenza, che può divenire anche assai marcata in certi periodi di sviluppo; ma ciò non significa che il diritto imponga soltanto divieti; esso impone anche atti positivi e quindi doveri di assistenza, di cooperazione, di solidarietà civile ed umana. Questi anzi crescono a misura che progredisce e si rende più intensa la cooperazione sociale, o a misura che dai rapporti privati si passa a quelli pubblici. Del resto poi, a causa della bilateralità del comando, lo stesso divieto suppone già l'obbligo positivo di chi deve farlo rispettare o implica il potere di esigerne il rispetto.

§ 45. — Finalmente il comando giuridico può essere *assoluto* o *cogente* o *dispositivo* e *autorizzante*. Il primo nel concedere poteri impone anche obblighi e non riconosce rispetto ad essi alcuna autonomia di volontà; il secondo, accorda facoltà e riconosce una sfera di libera esplicazione all'autonomia del volere. Ciò non significa che in questo caso il comando non sia egualmente obbligatorio; ma esso è obbligatorio, non per l'uso della facoltà, ma per il modo come si può far valere. Il soggetto giuridico è libero di usare o non usare il suo potere giuridico, ma nell'usarlo, deve attenersi al modo imposto dalla norma. Nel primo caso invece il soggetto è obbligato ad usare il suo potere giuridico. Così, il titolare di un organo dello Stato deve usare del potere che la norma gli concede quale rappresentante di quell'organo; invece il cittadino può usare del suo potere di vendere, di comprare, in genere, di obbligarsi, può anche non usarne; ma nel farne uso, deve rispettare i limiti e le formalità im-

poste dalla norma se vuole che i suoi atti siano dal diritto garantiti.

Questo doppio carattere fornisce, dal punto di vista formale, il solo criterio possibile per distinguere il diritto pubblico dal privato, per quanto una distinzione sia possibile fra questi due rami del diritto. Tutti gli altri criteri sono erronei o insufficienti o pure entrano nel dominio del contenuto materiale e perciò escono da quello della forma. Dobbiamo peraltro riconoscere che una distinzione recisa non è possibile, poichè è graduale il passaggio dall'uno all'altro ramo del diritto e solo nei punti estremi la distinzione acquista un certo rilievo professionale.

§ 46. — Fin qui abbiamo considerato l'imperativo giuridico dal punto di vista formale, occorre ora considerarlo dal punto di vista degli elementi che, indipendentemente dalla sanzione giuridica o col concorso di essa, rendono il comando obbligatorio. Tali elementi consistono in tutto l'insieme delle forze psichiche, le quali si determinano ed operano nella vita sociale e quindi nel diritto. Quantunque esse operino fuori dell'apparato formale, pure senza di esse il diritto, non solo non potrebbe dispiegare una azione regolatrice, ma non potrebbe neppure esistere. La stessa sanzione giuridica non agisce se non in quanto riesce a trasformarsi in un motivo dell'operare, mettendo in moto certe forze psichiche. La sua efficacia è sempre proporzionale alla quantità e alla qualità dei moventi, che riesce a determinare nella coscienza. Cosicchè essa è una sanzione *sui generis* solo dal lato della forma, poichè dal punto di vista del contenuto può differire dalle altre sanzioni, tutto al più per la qualità degli stati emotivi che conducono all'obbedienza e per la maggiore intensità con la quale perviene a stimolarli.

Le cause che, indipendentemente da questa specifica sanzione o in concorso con essa, decidono della forza

obbligatoria della norma, sono molteplici e s'influenzano e si modificano reciprocamente in vario modo. Metteremo in rilievo le più importanti. E prima di tutte indichiamo quello stato abituale d'inerzia psichica, quell'adesione cieca che induce ad accettare passivamente e ad osservare la norma. In fondo non è che l'abito della subordinazione caratteristico in ogni aggregato umano, dovuto a un processo secolare di adattamento al comando in genere, alla ripugnanza per lo sforzo volitivo. Ripugnanza che naturalmente cresce, a misura che un cumulo di cause sviluppano nelle coscienze la tendenza ad obbedire. In questa predisposizione fondamentale ad accettare il comando possiamo vedere la causa generica dell'osservanza della norma, il fattore primo che lentamente si accumula a traverso tutti i cambiamenti sociali e politici, il serbatoio nel quale vanno in certo modo a rifornirsi di nuova energia tutte le cause dell'obbligatorietà del comando, e al quale, d'altra parte, queste apportano nuovi elementi di forza quasi a un deposito comune. Da questa adesione passiva proviene una prima forma di sanzione, una sanzione vaga, che consiste in un certo stato di malessere, di inquietudine di fronte al fatto della violazione: forma rudimentale di rimorso.

Connesso con questa prima causa sta quell'insieme di stati emotivi, che inducono al rispetto del potere e che possiamo indicare con l'espressione di *principio di autorità*. Un numero complesso di elementi contribuiscono a determinarlo e sono in esso racchiusi, quindi ne determinano la forza: vi è l'idea e il sentimento vago di una superiorità, la credenza in una forza di ordine superiore, un cumulo d'interessi, che legano ad una data forma di subordinazione, la superiorità vera o supposta delle persone, per mezzo delle quali il potere si estrinseca, l'azione degli elementi etici, che inducono al rispetto del mantenitore dell'ordine, infine l'abitudine

di obbedire al potere. Affine al principio di autorità è la forza morale di cui dispone l'ordinamento giuridico della convivenza e che risulta, non solo dalle molteplici conciliazioni di interessi, che esso rappresenta e da tutto il complesso delle idee, dei sentimenti, degli atti volitivi, che tali conciliazioni hanno prodotto; ma anche dai concetti di giustizia e di diritto, che trovano, almeno in parte, la loro espressione in quel determinato ordinamento. Onde questo può acquistare un valore e una autorità propria, indipendente dalle persone, in cui il potere risiede; e la sua autorità si riverbera, quindi su ciascuna norma, che entra a farne parte.

Ma a queste forze di carattere generico, che costituiscono per ciascuna norma come forze d'imprestito, bisogna aggiungere la forza morale che ognuna di esse possiede quale risultante di un insieme di energie volitive rivolte al raggiungimento di quella data conciliazione d'interessi, che essa rappresenta e perchè, inoltre, è più o meno, in armonia con certe esigenze, o con certi criterî di giustizia o di utilità.

§ 47. — Una speciale menzione merita poi la forza che l'opinione pubblica può prestare al comando giuridico. L'opinione pubblica sorge quale espressione d'interessi comuni, quale comune maniera di pensare e di sentire, determinata dalle interiezioni fra le coscienze associate, e nella sua forma più elevata, quale espressione della pubblica moralità. La violazione della norma apparisce di fronte alla pubblica opinione, ora quale una minaccia ai comuni interessi, alla pace sociale; ora quale un'offesa al senso morale, o alle convenienze del vivere civile; ora come qualche cosa che comprende un po' di tutto questo. In tutti i casi provoca i giudizi, le critiche, il disprezzo del pubblico, che agiscono con una forza straordinaria sulle singole coscienze e producono sanzioni, cui non è facile sfuggire, anche quando si riesca a sottrarsi alla sanzione giuridica. Esse pos-

sono avere anche una efficacia ben maggiore di questa, come può vedersi facilmente allorchè l'opinione si trova in contrasto con la sanzione giuridica (es., nelle pene contro il duello).

In connessione con questa forza sociale e quale condizione che ne rende veramente efficace la influenza, è il *sentimento della propria responsabilità*. Esso consiste in quell'insieme d'idee e di sentimenti, che inducono alla valutazione dei proprî atti e ad un apprezzamento della valutazione altrui, insieme con le conseguenze che possono derivarne. Vi è quindi nella responsabilità un lato esterno e un lato interno. Il primo si riferisce alle valutazioni altrui e alle loro conseguenze. È da questo lato che l'individuo diventa permeabile, diciamo così, alla azione dell'altrui opinione e delle sue conseguenze. L'influenza dell'opinione tende a divenire più estesa e più intensa a misura che più estesa e più visibile è la portata degli atti che l'individuo compie, quindi a misura che più si eleva la posizione sociale e funzionale di lui. Più l'individuo è in alto, più egli si vede costretto a dover prevedere e valutare una quantità di atti e di conseguenze, perchè, interessando essi un maggior numero di persone e di rapporti, si trova maggiormente esposto al pubblico biasimo o alla pubblica lode. Conseguentemente cresce il sentimento della propria responsabilità. Per questo nei rapporti di diritto pubblico la forza dell'opinione diventa più grande ed acquista maggiore efficacia.

Sotto il suo aspetto interno poi la responsabilità è in connessione con i moventi di ordine etico, onde l'individuo è condotto ad obbedire la norma, indipendentemente da ogni considerazione esteriore, ma solo perchè essa è buona e giusta e meglio in armonia con certi ideali di giustizia, o perchè così impone la legge del dovere.

Tutte queste cause di ordine morale si ripercuotono

le une sulle altre, s'influenzano reciprocamente e producono così un cumulo di energia psichica atto a rendere obbligatorio il comando giuridico, indipendentemente dalla sanzione specifica. Certo tali forze operano rispetto a tutte le categorie di norme, ma acquistano uno speciale rilievo nel dominio del diritto per la maggiore eminenza, certezza e precisione che quivi assume il comando.

§ 48. — Se ora noi ci domandiamo in che connessione si trova la sanzione specifica con tutte queste cause di ordine psichico, dobbiamo riconoscere che in fondo essa opera solo in quanto e per quel tanto che riesce a mettere in moto queste forze. Come abbiamo detto, essa agisce come un motivo dell'operare, ma per agire in tal modo occorre appunto che si trasformi in motivo dell'operare, e non vi si può trasformare se non per mezzo di queste forze. Senza il concorso di esse, non soltanto riesce inefficace, ma non potrebbe neppure venir messa in azione. Che cosa accadrebbe infatti se le autorità, che devono far valere la sanzione, si rifiutassero di applicarla, o se gli agenti subordinati che devono tradurla in atto, si ribellassero al comando dei loro superiori? È appunto quello che accade in una rivoluzione. Ma una delle prove più evidenti, che la sanzione non agisce con forza propria, è data dal fatto che essa non opera per quello che è effettivamente, ma per quello che si ritiene che sia. Cioè la sua efficacia è proporzionata alla credenza. Il gran numero dei recidivi prova appunto che la pena opera più allo stato di minaccia, che allo stato di esecuzione, poichè nel primo caso le credenze potevano ingrandirne l'efficacia. Così parimenti, la pena agisce in proporzione della sua certezza e della rapidità, con cui viene applicata. L'impunità di molti, le lungaggini processuali, le amnistie croniche, indeboliscono l'efficacia della pena. Anche la *réclame*, che la stampa fa a certi delinquenti, la tea-

tralità di certi processi, ecc., tutto ciò che può eccitare la vanità del reo, produce lo stesso effetto, perchè stimola certi moventi, che sono in contrasto con quelli, che dovrebbero provocare la sanzione.

Tutto questo dimostra che la sanzione giuridica opera con forze d'imprestito e in quanto riesce a mettere in moto tali forze. Ma non vi è dubbio che è essa eminentemente atta a preparare ed a provocare l'azione di queste forze. Così, essa tende a fortificare l'adesione quasi incosciente al comando con la costanza stessa, con cui si ripete, alimenta il principio di autorità, rende più attiva l'azione degl'interessi, più vivo il sentimento della responsabilità, mettendo maggiormente in rilievo la connessione causale fra l'atto e le sue conseguenze. Essa opera anche sulla stessa opinione pubblica; poichè, se per un lato, attinge l'opinione gran parte della sua forza, per un altro lato, reagisce su di questa e contribuisce a rinforzarne i convincimenti o a determinarne le reazioni. Finalmente, anche i moventi etici risentono la sua azione, sia per gli stimoli, che l'atto della sanzione esercita sulle volontà e quindi sui sentimenti, che l'informano; sia per la maggiore forza suggestiva che essa infonde al comando. Perciò avviene che la moralità degl'individui in una convivenza è sempre, più o meno, sotto l'influsso delle sanzioni del potere e del mondo come sono formulate e fatte valere. E ciò, non solo per la loro azione diretta; ma anche per il semplice convincimento, che si genera circa l'importanza delle norme, che sono da tali sanzioni accompagnate.

§ 49. — Abbiamo così un complesso di cause sociali e psichiche, di moventi di vario genere, che reciprocamente s'influenzano e dalla cui azione risulta, in ultima analisi, il carattere imperativo della norma giuridica. In che senso allora si può dire che la norma giuridica è coattiva e operi solo per mezzo della sua

specifica sanzione? Certo, vi sono dei casi in cui la spontaneità dell'osservanza può apparire in tutta la sua evidenza, come vi sono dei casi, in cui la norma è obbedita per la semplice paura del male specifico minacciato; ma nella maggior parte dei casi, l'azione di quei molteplici fattori s'intreccia in varia guisa nel laboratorio complesso della coscienza. E anche quei casi estremi, che appariscono così semplici a prima vista, sono poi nel fatto più complicati, di quanto non si supporrebbe. Onde solo in un significato assai relativo possiamo parlare di *coazione* nel dominio del diritto.

È poi indubitato che con l'evolversi delle convivenze, col trasformarsi delle coscienze, con l'intensificarsi della cooperazione e dello spirito di solidarietà, l'impero del comando giuridico subisce un processo di spiritualizzazione crescente, nel senso che si verifica un graduale passaggio dall'azione dei fattori materiali a quella dei fattori morali, da quella dei moventi di ordine più basso, a quella dei moventi di ordine più elevato, da quella degl'impulsi più semplici, a quella degl'impulsi più complessi. Onde quel comando, che da principio opera con tutto l'apparato della forza esterna, può in seguito operare in quanto riesce a mettere in moto le fibre più delicate e più sensibili della coscienza o in quanto si trova in armonia con le sue più profonde aspirazioni. Ma con ciò non bisogna credere che vi sia un momento in cui il comando operi esclusivamente come forza esteriore e un altro in cui operi esclusivamente come forza interna; il comando opera sempre in quanto riesce a muovere le coscienze, quindi quale forza psichica. Quello che varia è la natura dei fattori che producono un tale effetto, i quali nel primo caso, hanno il carattere eticamente poco elevato della paura, dell'interesse, ecc., nel secondo caso, il carattere elevato della simpatia e della giustizia; nel primo caso, si presentano come una

forza esterna irresistibile, nel secondo, come una spontanea auto-determinazione della coscienza.

Bibliografia. — Austin, *Lectures of jurisprudence*; Merkel. *Juristische Enciclopädie*; Binding, *Die normen und ihre Uebertretung*; Battaglini, *I destinatarî della norma giuridica*; Brunetti, *Norme e regole finali del diritto*; Miceli, *La norma giuridica*; Labriola, *Imperativo giuridico e adesione spontanea* (Roma, 1905).

CAPITOLO VIII

La bilateralità della norma.

§ 50. — La norma giuridica, oltre ad essere bilaterale rispetto alle persone, alle quali si riferisce il comando, come abbiamo già detto, è anche bilaterale circa gli effetti che produce. Questa seconda forma di bilateralità non è in fondo che un effetto della prima o almeno è collegata direttamente con questa. La norma giuridica è, per sua natura, una norma di garanzia e perciò garantisce sempre qualche cosa a qualche persona di fronte a qualche altra persona, cioè accorda alla prima il potere di agire in un dato modo, o la garanzia di non essere disturbata nel suo agire; impone all'altra l'obbligo di rispettare quel dato modo di agire. Onde nel medesimo tempo che conferisce un diritto, impone un corrispettivo dovere.

Questa è una conseguenza del fatto che la norma giuridica regola rapporti fra individui e perciò deve rivolgersi contemporaneamente, almeno a una duplice categoria d'individui, siano essi governanti e governati, siano essi governati gli uni di fronte agli altri.

La bilateralità della norma è dunque sempre una bilateralità *inter-personale*, cioè fra persone diverse. Ma può anche assumere un carattere *intra-personale*, cioè apparire come una bilateralità, che si esaurisce nella sfera di attività di una medesima persona, come quando assume una certa evidenza il fatto che dati diritti sono accompagnati da certi corrispettivi doveri per quella stessa persona, alla quale tali diritti vengono conferiti. La norma non accorda a nessuno diritti incondizionati, ma li accorda con certe condizioni, che costituiscono dei veri doveri giuridici per coloro, che di quei dati diritti vogliono godere; e in alcuni casi accorda dei diritti con l'obbligo di esercitarli o anche di esercitarli in un dato modo. In fondo anche in questi casi la bilateralità è interpersonale, poichè una bilateralità puramente interna non si concepisce nel dominio del diritto. Così, il diritto che ha il rappresentante di un organo statuale di agire in tale qualità, è sempre accompagnato da un obbligo-corrispondente, ma quest'obbligo, essendo di natura giuridica, è necessariamente in correlazione con i diritti di altri soggetti giuridici, che saranno lo Stato o i sudditi. Si tratta adunque anche qui di una bilateralità di carattere esterno, ma apparisce come interna in quanto l'obbligo si trova nella stessa persona collegato più direttamente col diritto. In altri casi questo carattere esterno acquista invece un maggior rilievo, in quanto gli obblighi e i diritti appariscono più nettamente divisi fra persone diverse, come avviene, ad esempio, nei rapporti contrattuali. Qui vediamo nettamente distribuiti da una parte, gli obblighi, dall'altra i doveri corrispettivi.

Finora quest'ultima è stata la forma presa sopra tutto di mira dai giuristi e ciò ha indotto alcuni a negare la generalità di questo carattere. Ma la bilateralità, essendo propria della natura della norma, è indipendente dal suo contenuto specifico e perciò si rivela in

tutti i domini, che essa regola. Solo che muta la forma che assume, presentandosi, ora a preferenza come intra-personale, ora come inter-personale. Così, nel diritto privato, e sopra tutto in quello contrattuale, la bilateralità assume a preferenza questo ultimo carattere, perchè quivi il diritto si fonda sopra una cooperazione a base di eguaglianza; mentre poi nel diritto di famiglia e, sopra tutto poi nel diritto pubblico, assume invece maggior rilievo la prima forma, perchè quivi la norma vuol determinare una cooperazione a base di subordinazione obbligatoria e di rappresentanza, e in tali casi le facoltà che la norma concede, implicano anche il dovere di esercitarle e di farle valere in un dato modo.

Questo diverso carattere della bilateralità, ha fatto pensare ad alcuni che le norme giuridiche non siano tutte obbligatorie, non siano cioè vere norme, e che perciò, accanto alle vere norme, vi siano semplici regole ipotetiche, le quali autorizzano soltanto ad agire in un dato modo, accordano mere facoltà, che si possono far valere solo se si vogliono raggiungere dati scopi. Ma le norme giuridiche sono tutte obbligatorie, se ciò non fosse, un ordine giuridico non sarebbe possibile. Infatti, anche le norme che autorizzano, impongono sempre forme determinate d'agire a qualcheduno, altrimenti non potrebbero autorizzare. Se io sono autorizzato ad agire in un dato modo, ciò significa che vi è sempre qualcuno obbligato a rispettare il mio modo di agire. La mia facoltà di agire sarebbe nulla senza un obbligo corrispettivo.

§ 51. — La bilateralità è un carattere formale determinato, dallo scopo di garanzia, che si propone la norma e dal modo stesso come si esplica il suo comando; ma essa trova il suo fondamento di fatto nella correlatività dei rapporti sociali e nelle esigenze che essi generano, o dalle quali sono generati. Ogni rap-

porto sociale suppone una correlatività di azioni, perchè la vita sociale è azione reciproca, ripercussione di atti che si corrispondono, si completano e tendono ad armonizzarsi. Essa può essere esterna, determinata cioè soltanto dagli atti che si corrispondono, indipendentemente dalle intenzioni, onde furono determinati; ma può essere anche interna, quando cioè le intenzioni si corrispondano; può essere semplice, quando gli atti sono compiuti da una parte e subiti dall'altra, può essere invece composta, quando gli atti sono compiuti da entrambe le parti, con lo scopo di determinare un accordo. I gradi di complessità poi sono naturalmente molteplici, secondo si tratta di cooperazione semplice o di cooperazione con divisione di lavoro. Nel primo caso gli atti si corrispondono per l'uniformità dell'azione, nel secondo, in conseguenza della loro diversità. Inoltre la correlatività può essere diretta o indiretta, immediata o mediata. È diretta quando all'azione di chi opera, corrisponde la reazione di colui verso il quale l'azione è diretta e i due soggetti entrano quindi in diretto rapporto; indiretta quando le due forme di operare si corrispondono o si completano, senza che i due soggetti entrino in comunicazione diretta. È immediata, quando, alla azione dell' uno, corrisponde subito la reazione dell'altro; è mediata quando i due atti sono separati da un intervallo più o meno lungo di tempo. Finalmente, può essere a base di eguaglianza, quando le parti, fra le quali si sviluppa, sono l'una di fronte all'altra, in una situazione simile e le volontà possono determinarsi in modo pienamente autonomo. A base di disuguaglianza, quando le parti sono in una situazione simile e le volontà possono determinarsi in modo pienamente autonomo; a base di disuguaglianza, quando le parti sono in una situazione più o meno dissimile e non possono dispiegare un medesimo potere, onde in una di esse la volontà non può determinarsi in modo autonomo.

§ 52. — La norma giuridica non regola tutte le forme possibili di correlatività, ma alcune soltanto, quelle che sono o appariscono indispensabili per la coesistenza e la cooperazione sociale e che hanno carattere esterno; e le regola per garantirle, precisandone le condizioni, il modo di sviluppo, gli effetti che devono produrre. Queste sono: 1.° le correlatività, che hanno un contenuto economico ed hanno per base lo scambio; 2.° le correlatività del rispetto reciproco; 3.° le correlatività dell'indispensabile aiuto reciproco e quindi le correlatività di assistenza; 4.° la correlatività, da cui scaturisce la subordinazione.

La norma regola queste forme di correlatività, disponendo gli elementi sociali secondo quelle forme che crede meglio adatte per il raggiungimento dei suoi scopi e accordando ad esse la garanzia, per cui la correlatività sociale diventa bilateralità giuridica. La correlatività sociale è un fenomeno spontaneo, dovuto alla libera azione delle forze sociali e non può perciò generare pretese ed obblighi garantiti; mentre la bilateralità giuridica, essendo correlatività chiaramente imposta e specificatamente garantita, genera appunto la corrispettività degli obblighi e delle pretese. Certo, la compagine sociale non poggia sulla sola bilateralità giuridica, ma soprattutto sul complesso di tutte le forme di correlazioni, che incessantemente si sviluppano in modo spontaneo e, quale una rete assai complicata di sottilissimi fili, lega fra di loro tutte le parti dell'aggregato. Ma queste non sono sufficienti a mantenerla, poichè, accanto alle armonie, esse determinano attriti e conflitti. Da qui la necessità della regola e della garanzia.

La garanzia peraltro non può accordarsi che alle correlatività di carattere esterno, che si esplicano cioè per mezzo di azioni determinate. La norma giuridica, come sappiamo, non può operare direttamente che sull'azione, in quanto è esternamente percepita, perchè essa

sola è capace di ricevere una garanzia. L'intenzione è, per così dire, un mondo per sè stante, che non può essere direttamente raggiunto, se non a traverso le sue manifestazioni esteriori e quindi sempre in modo imperfetto. Onde solo la norma giuridica può generare vera bilateralità, poichè essa si propone di determinare e di regolare una correlatività di atti.

CAPITOLO IX

Esteriorità ed obbiettività della norma.

SOMMARIO. — 53. Significato dei due termini. — 54. Rapporto al contenuto. — 55. Rapporto fra norma e costume.

§ 53. — L'esteriorità e l'obbiettività sono due caratteri connessi della norma giuridica. Sono come il lato concavo e convesso di una medesima lente.

La norma si dice esterna quando è riuscita a staccarsi e ad emanciparsi dall'intenzione e a concentrare la sua azione regolatrice sui fatti esternamente percepibili della condotta, non nel senso che essa escluda interamente l'elemento intenzionale, poichè questo non sarebbe possibile in una norma di condotta, ma nel senso che essa si preoccupa soltanto della conformità delle azioni al comando, da essa formulato e si accontenta di questa uniformità, senza ricercare quali siano in ciascuna coscienza i moventi, che abbiano potuto determinarla. E se ricerca l' elemento intenzionale, lo fa, non per procedere ad una valutazione di tale elemento per sè stante, ma per procedere ad una più completa valutazione dell'atto, sopra tutto quando l'atto non è univoco, o pure costituisce una violazione del comando.

La norma si dice invece *obbiettiva*, quando essa si è completamente staccata dalla coscienza, su cui impera ed è diventata di fronte ad essa un comando pienamente autonomo. Di modo che, la coscienza non è più in grado di modificarla e deve accettarla per quella che è. Ciò naturalmente si deve intendere in un senso relativo, chè un distacco veramente completo, non può mai prodursi, non potendosi mai escludere interamente una certa collaborazione e interpretazione da parte delle coscienze, che obbediscono, alla norma.

§ 54. — Questo quanto alla forma. Quanto al contenuto, bisogna osservare che la norma può assumere questi caratteri, perchè gli atti e i rapporti, che regola, sono esterni e capaci di obbiettivazione. Ma quali sono i rapporti e gli atti che presentano tale capacità? A prima vista parrebbe che tutti gli atti umani si prestino ad essere trattati in questo modo. Infatti i primi giudizi morali cominciarono a portarsi su tutti gli atti indistintamente. Solo in processo di tempo la riflessione condusse a distinguere fra le diverse categorie di atti e sopra tutto, a separare gli atti, che prendono tutto il loro valore dalla intenzione, onde furono determinati, da quelli, che hanno un valore per sè stante e possono essere valutati per gli effetti sociali che producono e indipendentemente dalla intenzione, onde mossero. La distinzione richiede una certa sottigliezza d'analisi, poichè tutti gli atti, tranne, che siano istintivi, muovono sempre da una intenzione e valgono, alla loro volta, a precisarla, e solo per un processo di astrazione possono separarsi da essa. Ma con ciò non si può disconoscere, che essa ha un fondamento di fatto, che la norma giuridica può utilizzare per il raggiungimento dei suoi scopi.

Infatti, gli atti interni, incapaci di obbiettivazione, sono quelli, che non si possono considerare, e valutare nei loro effetti, indipendentemente dalla intenzione,

perchè perderebbero tosto ogni significato e ogni valore. Gli atti di questo genere si svolgono nella sfera intima della personalità, non nel senso che non abbiano manifestazioni esteriori, ma nel senso che essi implicano una intera rivelazione della personalità e ricevono da essa tutto il loro valore. Così, un atto virtuoso non si può concepire indipendentemente da una personalità virtuosa. Gli atti esterni, capaci di obbiettivazione sono invece quelli che possono essere considerati e valutati per loro stessi, nei loro effetti, indipendentemente dalla intenzione, onde furono suggeriti, perchè quegli effetti si producono egualmente a prescindere dalla intenzione. Un atto può riuscire utile o nocivo, non ostante l'intenzione cattiva o buona di chi le compie. Così ancora, adempiere una prestazione promessa, è per se stesso un atto utile e anche giusto e non importa, se i moventi, che indussero all'atto, furono moventi giusti o interessati.

La norma giuridica si rivolge appunto a questa seconda categoria di atti e perciò può essere norma esterna ed obbiettiva. Essa si propone di determinare o di mantenere una coesistenza e una cooperazione sociale e questa risulta innanzi tutto da una corrispondenza di atti. Gli individui che si associano, non possono comunicare direttamente, per mezzo delle intenzioni, occorre che tali intenzioni si traducano in atti, ma una volta, che si sono così manifestate, producono effetti sociali da esse indipendenti. Così, a prescindere dalle intenzioni, una cooperazione può sempre sussistere. Dai fenomeni più semplici a quelli più complessi della vita sociale, vediamo che la cooperazione sussiste, quantunque le intenzioni non coincidano o siano del tutto disparate. Quel che importa è che gli atti si esplichino in quel dato modo, si accordino e si combinino gli uni con gli altri, si svolgano secondo quel dato ordine. La norma giuridica ha per compito

di determinare, di regolare e di conservare, questo conformismo di atti.

Da ciò la debolezza e la forza del diritto. La debolezza, perchè non potendo direttamente rivolgersi alle intenzioni, non può regolare tutta l'attività dell'individuo, non riesce a regolarne, che una parte e anche una parte ristretta, possiamo dire anche la parte meno importante; e non può regolarla che in modo assai imperfetto. Le coscienze umane non possono che assai imperfettamente venir regolate dal di fuori e solo attraverso alcune manifestazioni, poichè sono totalità inscindibili. Questo fu da gran tempo riconosciuto e venne espresso colla frase: *quid leges sine moribus?* Le leggi sono impotenti quando i costumi sono corrotti. Il che significa che la norma giuridica non può operare da sola ed ha bisogno del concorso di altre norme, sopra tutto delle norme etiche.

Ma d'altra parte ciò costituisce anche la forza del diritto. Concentrando la sua azione sopra una parte della condotta, esso può dispiegare su di questa tutta la forza, di cui è capace e a causa appunto della inscindibile unità delle coscienze. A traverso al conformismo degli atti, può contribuire a determinare anche un conformismo d'intenzioni. L'atto è preceduto da processi emotivi, che hanno per effetto di determinare quel concentramento di forza psichica, che produce, in un primo stadio, l'inibizione e nel secondo, l'impulso, i due momenti del processo, onde poi l'atto scaturisce. Ora il processo può anche svolgersi in un senso inverso, in quanto l'atto può, alla sua volta, sviluppare quegli elementi emotivi, che direttamente operano sulla volontà e quindi sull'intenzione.

È indubitato, che fra le emozioni e le loro manifestazioni fisiologiche intercede un nesso strettissimo, per cui i due fenomeni appariscono, non soltanto come i due termini di una medesima serie, ma come i due

aspetti di un medesimo fatto. Dagli studi sull'ipnotismo, risulta che i varî atteggiamenti della persona tendono a destare le emozioni e quindi i processi volitivi che si sogliono esprimere per mezzo di essi. Ma a prescindere dalle esperienze ipnotiche, il fatto si osserva su larga scala in tutti i fenomeni della convivenza. Chi, ad esempio, rappresenta la parte di un dato personaggio, sulla scena o nella vita, tanto più riesce a riprodurre in sè il suo modo di sentire e di pensare, quanto più riesce ad imitarne esattamente i gesti, l'atteggiamento, l'incesso, ecc. La frase comune: *mettersi nei panni altrui* non ha un semplice significato metaforico, poichè entrare nei panni di un' altra persona è già una via naturale per entrare nel suo stato d' animo. L' istesso vale per le manifestazioni di carattere più spirituale. Si comincia tante volte con difendere un'opinione per secondi fini e si termina per credere profondamente in essa. Da qui l'importanza delle forme e dei cerimoniali. Essi sono diretti a rendere conformi le azioni, ma a traverso al conformismo degli atti, riescono a determinare anche un conformismo d'intenzioni.

Dopo ciò è facile comprendere l' influenza che può esercitare sulle coscienze la norma giuridica, quantunque esterna ed obbiettiva. Operando sugli atti o sopra una determinata categoria di atti, essa può svolgere una azione educatrice, non dissimile in fondo a quella che opera ogni altro procedimento pedagogico. La via infatti che segue e può seguire ogni sistema educativo, è sempre identica nel suo carattere fondamentale, poichè i mezzi di cui può servirsi per operare sulle coscienze, sono sempre gli atti esterni e le influenze, che questi possono esercitare sui processi emotivi. La portata regolatrice della norma giuridica si collega così con la forza regolatrice ed educativa di ogni esempio e di ogni esperienza; come di ogni precetto e di ogni mezzo razionalmente rivolto a promuovere, con l' azione, un

grado di adattamento, non solo esterno, ma anche interno, dell'individuo all'ambiente. Si comprende poi che quest' azione educatrice della norma giuridica, è ben più potente di tutti gli altri mezzi educativi, perchè essa viene imposta da tutto quell' apparato esecutivo, di cui si circonda il potere, opera su di una scala assai vasta, si presenta come voluta dalle capacità più eminenti e più forti ed è accompagnata da sanzioni, che tendono a raggiungere sempre i violatori di essa.

§ 55. — Queste considerazioni completano ciò che abbiamo detto intorno all'efficacia della sanzione giuridica e ci permettono di valutare l' importanza della norma di diritto nel determinare e conservare il conformismo sociale. Senza accettare le vecchie dottrine intorno alla onnipotenza della legge, siamo in grado di poter meglio comprendere i rapporti fra le leggi e i costumi. Se da una parte è vero che i buoni costumi fanno le buone leggi, non è meno vero d' altra parte, che le buone leggi possono grandemente contribuire a fare i buoni costumi. È indubitato che la legge può esercitare sul costume un'azione potente, non solo per la forza materiale, di cui dispone; ma anche e sopra tutto, per l'insieme delle forze psichiche e sociali, che può mettere in moto. E se opera dall'esterno, questo non importa, poichè le azioni ripetute e gli stimoli e gli adattamenti, che esse provocano, riescono a poco a poco a trasformare i comandi esterni in imperativi interiori. Onde, per quel tanto che la norma può operare, la sua azione sul costume non è sempre considerevole. E quando non opera tali effetti, ciò non dipende da una impotenza congenita della norma, sì bene dal fatto che la norma non può costituirsi o non viene applicata ed attuata, per quella che è. È qui appunto che si esercita l'azione deleteria del costume cattivo. La norma giuridica non è qualcosa che piova dall'alto, ma si forma in un ambiente determinato, per cui ne riflette le con-

dizioni e le credenze. Il costume corrotto può quindi impedire la formazione delle buone leggi. Ma è sopra tutto, nel momento dell'attuazione, che si esplica l'azione del costume, poichè le leggi non vengano osservate e fatte osservare, allorchè gli uomini sono corrotti e facilmente corruttibili. In entrambi i casi la norma non può agire sul costume, appunto perchè non esiste o non opera conformemente alla sua natura; ma per quel tanto che può operare, la sua azione è innegabile. La stessa degenerazione del costume, sarebbe immensamente più rapida se non trovasse nelle norme giuridiche alcun argine o alcun freno.

Ma d'altra parte, non si deve disconoscere che la azione della norma giuridica è pur sempre limitata, prima di tutto, perchè essa si riferisce solo ad una data categoria di atti e di rapporti, e solo su di questi può dispiegare direttamente la sua influenza moderatrice; rispetto a tutta l'immensa quantità di rapporti, che escono dal suo àmbito e ai quali essa si rivolge solo in senso negativo, la sua azione diventa indiretta, e può essere anche nulla. In secondo luogo e anzi sopra tutto, perchè la conformità di azioni che essa determina e vuole, non è sempre correlativa ad una conformità d'intenzioni e può anche prescinderne. Ad essa basta che vi sia l'osservanza e non importa per quale motivo. Onde non può sempre determinarsi in questa zona di rapporti, quella reazione dell'atto sui moventi, per cui dall'osservanza materiale della norma può scaturire direttamente il rispetto della norma per sè stessa. L'azione educatrice della norma giuridica è perciò, in genere, rozza e sommaria, se si considera nei suoi effetti immediati, solo indirettamente e con l'opera del tempo, può produrre una benefica influenza morale.

CAPITOLO X

Carattere astratto e generico della norma.

SOMMARIO. — 56. Il carattere astratto. — 57. La generalità. — 58. Il fondamento di fatto. — 59. Il processo di specificazione. — 60. Limiti del processo di generalizzazione.

§ 56. — Un'altra caratteristica della norma giuridica è data dalla astrazione: la norma giuridica è una norma astratta, perchè non si fonda su tutta la realtà, ma su di alcuni elementi della realtà, quindi su di una data categoria di atti e di rapporti, che essa dissocia da tutti gli altri, per poterli regolare in un dato modo. Questa caratteristica non è una peculiarità propria della norma giuridica, è anzi una caratteristica comune a tutte in genere le categorie di norme, tranne le norme etiche; ma nella norma giuridica si accentua, sia per la maggiore precisione e la maggiore impellenza che quivi assume il comando; sia per il fatto che essa si rivolge agli atti esterni; sia infine, perchè di questi essa ne regola solo una zona circoscritta. La maggiore precisione ed impellenza del comando, induce a una cernita più accurata e a un distacco più reciso dei rapporti ai quali il comando deve riferirsi e quindi mal comporta quel carattere vago e indeterminato, che può permettere alla norma di abbracciare un numero indeterminato di elementi e di possedere per ciò un contenuto mutevole, che le permetta in certo modo di confondersi con la realtà. Il fatto poi che essa non può rivolgersi che agli atti esterni e ad una zona ristretta di tali atti, la obbliga a rendere più marcata la dissociazione degli elementi stessi degli atti, ciò che non

avviene per le norme che abbracciano l'atto sotto tutti i suoi aspetti.

Questo carattere astratto della norma giuridica si rileva, non solo quando essa si rivolge a una categoria indeterminata di atti, ma anche quando si rivolge a un caso specifico, quale comando singolo, perchè anche allora la norma è costretta a dissociare un atto o una serie di atti da tutti gli elementi, con i quali sono connessi nella realtà. E a causa appunto di questa dissociazione il comando si distacca dalla molteplice varietà del reale per diventare norma regolatrice. Essa non si rivolge a tutti i fatti, a tutti i rapporti, onde è composta la vita sociale nella realtà, ma solo a quei fatti e a quei rapporti, che servono agli scopi del comando. Essa dissocia ciò che la natura, ciò che la vita, ciò che la convivenza congiungono, e dissociando, si eleva sopra il fatto per determinarne la regola. Per tal modo essa si crea, fino a un certo punto, un'esistenza propria, indipendente, che può corrispondere, solo fino a un certo punto, a un dato contenuto materiale, ma non può mai confondersi con esso.

§ 57. — Connesso con questo carattere dell'astrazione è l'altro della generalità, che fu per molto tempo considerato come un carattere distintivo tipico della norma giuridica. La norma giuridica, a preferenza delle altre norme, tende ad essere un comando generale, che si rivolge, non ad una sola persona, ma ad un gruppo, ad una categoria di persone, e non comprende un solo atto o rapporto, si bene una *classe*, un numero indeterminato di essi. Ma non è tanto il numero delle persone, quanto il numero degli atti, che la norma prende di mira, poichè, a causa del suo carattere astratto, è solo a traverso alle classi di atti, che essa può abbracciare categorie di persone. La categoria di persone entrano sotto l'impero del comando, solo in quanto compiono o possono compiere quella data classe di atti.

La generalità non è peraltro un carattere logico necessario e perciò un carattere tipico. Si può concepire benissimo una norma che si riferisca a un caso specifico o ad una specifica persona: il privilegio era altre volte frequente, come ora sono frequenti le norme che determinano esenzioni e concessioni, o regolano casi specifici. Ma non vi è dubbio che la norma tende alla generalità e vi tende, sia per potere meglio dispiegare la sua azione regolatrice, sia per un'esigenza di ordine etico, che induce a trattare nel modo medesimo gli atti che si presentano nelle medesime condizioni. Così avviene che, con lo sviluppo del diritto, i suoi comandi si generalizzano, e i comandi singoli si fondono in comandi generici, i quali si basano su casi medî o su casi tipici, determinati da un processo di astrazione.

La generalità della norma presenta due aspetti, secondo che a preferenza si riferisce all'ordine di coesistenza o a quello di successione degli atti e dei rapporti. Entrano nella prima categoria quelle, ad esempio, che determinano condizioni di capacità od organizzano determinati istituti; entrano nella seconda le norme che determinano le procedure e in genere i modi secondo i quali il diritto deve estrinsecarsi od attuarsi. La prevalenza di uno di questi aspetti non esclude l'altro, essendo entrambi necessarí e presupponendosi a vicenda, come nella realtà si presuppongono i due ordini di coesistenza e di successione. Ma quel che importa sopra tutto alla norma è il secondo aspetto della generalità, poichè lo scopo della norma è sempre quello di stabilire un ordine di successione degli atti ed è appunto con questo intento, che essa fissa anche un ordine di coesistenza. Sotto questo secondo aspetto si può ben dire che la generalità sia un carattere tipico della norma, poichè anche quando essa si volge ad una persona o ad un solo atto, ha sempre di mira una ripe-

tizione indeterminata di quell'atto o degli effetti giuridici, che dipendono da esso o dalla situazione di quella data persona. Ma allora non si può propriamente parlare di generalità, sì bene abbiano il carattere della stabilità, di cui ci occuperemo nel capitolo seguente.

I due aspetti della generalità si stabiliscono formalmente nel modo medesimo, cioè con un processo logico di dissociazione e di astrazione, per cui dai fatti e dai rapporti più diversi, vengono colti e in certo modo distaccati e poi fusi con la mente certi lati comuni, certi aspetti simili ed uguali. Il processo è eguale a quello col quale si formano i concetti della nostra mente; e non potrebbe avvenire in maniera diversa, perchè la norma si basa su concetti e non è che un concetto o una serie di concetti trasformati in comando.

§ 58. — Ma, perchè la generalità e quindi l'astrazione abbiano valore pratico e non riescano meri giuochi logici, occorre che vi siano nella realtà elementi, che si prestino ad essere dissociati dagli altri, ad essere cioè presi e considerati, non solo idealmente, ma anche nel fatto, come per sè stanti, almeno rispetto agli scopi della norma. E occorre inoltre che, fra gli elementi così dissociati, esistano identità, o almeno somiglianze effettive e non semplicemente immaginarie. Solo in quest· casi la norma ha un vero fondamento di fatto e il fori malismo giuridico sarà veramente regolatore. Altrimenti essa rimane campata in aria e si avrà allora il formalismo puramente dottrinario e fantastico. Tale sarebbe una norma che accordasse i diritti civili o politici a coloro che hanno i capelli biondi. Quantunque un tale carattere sia facilmente dissociabile, pure esso non è prova d'identità o somiglianza fra gl'individui, che lo posseggono, nè può servire per gli scopi della norma. Questo ci fa comprendere che gli elementi sui quali deve basarsi la norma sono gli elementi essenziali, quelli che valgono effettivamente a caratterizzare le forme di

attività o le condizioni che la norma vuol regolare, o possono servire quale sicuro indizio delle qualità occorrenti per il conferimento di quei dati diritti. Così, se il colore dei capelli non è sicuro indizio di capacità, può esserlo il numero degli anni vissuti, poichè, col decorrere degli anni, si sviluppano l'intelligenza e la volontà e si acquista maturità di giudizio.

La funzione regolatrice della norma non può esplicarsi se non dentro i confini che le consentono le condizioni essenziali che essa prende per base. Onde la sua efficienza regolatrice è in rapporto inverso col suo grado di generalità. Più la norma è generica, più limitata è la sua efficienza regolatrice; perchè più povero è il suo contenuto; più invece è specifica e più grande è la sua efficenza regolatrice, perchè il suo contenuto diventa più ricco. Ad esempio, la norma che formula il principio di eguaglianza di tutti gli uomini, raggiunge un massimo di generalità, ma la sua funzione regolatrice è minima, poichè, per tradursi in atto, ha bisogno di tener conto di una quantità intima di elementi e di condizioni, che esistono nel fatto e delle quali la norma non può prescindere, senza riuscire perturbatrice. La norma invece che statuisce l'ordine di successione al trono della monarchia ereditaria presenta un minimo di generalità, ma la sua efficienza regolatrice è massima, perchè il numero degli elementi che essa abbraccia è così numeroso, che può senz'altro tradursi in atto: le sue prescrizioni sono sufficienti ad indicare la persona, che deve ascendere al trono.

Per questa medesima ragione, quanto più le norme sono generiche, tanto più hanno bisogno di altre norme, che le esplichino, le completino e le traducano in atto; l'opposto invece accade quanto più sono specifiche. Così, la Carta costituzionale di uno Stato, ha bisogno, per tradursi in atto, di tutta una complessa legislazione, la egge ha bisogno del regolamento generale e di quello

speciale. Da ciò deriva che quando la norma raggiunge un certo grado di astrazione e di generalità, cessa di essere norma regolatrice e si trasforma in principio regolatore. Molte delle norme contenute nelle Carte costituzionali, non sono vere norme, ma principi regolatori, ai quali la legislazione dello Stato dovrebbe informarsi. Una quantità d'illusioni furono generate dal fatto che si scambiarono per vere norme regolatrici di rapporti, una quantità di questi principî regolatori e si pensò quindi che avrebbero potuto tradursi in atto immediatamente, senza il concorso di norme effettivamente, regolatrici.

§ 59. — Queste osservazioni ci conducono a riconoscere che il processo di astrazione e di generalizzazione, presuppone nella norma un processo parallelo di specificazione. Ogni norma generica è, per se stessa, norma specifica e si trova connessa con un numero più o meno grande di norme specifiche. Il processo di specificazione adempie, a dir così, due compiti, di fronte alla norma: per un verso, esso rende possibile la astrazione e quindi la generalizzazione; per un altro verso, permette di condurre la norma alla realtà e di esplicarne la funzione regolatrice.

Quanto al primo compito, è facile comprendere, che l'astrazione è quindi anche la generalizzazione, è per sè stessa, specificazione. Una norma cioè non potrebbe costituirsi, se il comando non potesse specificarsi a certi elementi determinati. Ma appunto perchè essa non può regolare che un numero specifico di elementi, ha bisogno di essere ricondotta alla realtà, in cui quegli elementi esistono accanto a numerosi altri elementi. Il che non può avvenire se non per mezzo di altre norme specifiche. Una norma quindi non esiste mai isolata, essa fa essenzialmente parte di un sistema di norme, che è appunto il sistema giuridico.

Questo processo di specificazione delle norme non è,

a dir così, che l'aspetto formale del processo di divisione del lavoro sociale, fenomeno della più alta importanza nella vita di ogni convivenza, indice e in pari tempo fattore del suo grado di sviluppo. La divisione del lavoro non implica soltanto una crescente divisione di funzioni e di parti, ma anche una crescente coesione e solidarietà fra di esse. I due fatti sono correlativi, poichè le parti non potrebbero dividersi se non si connettessero fra di loro in maniera sempre più intima; ma la connessione intima presuppone maggiore intensità di vita sociale, e questo non potrebbe determinarsi senza produrre o essere, alla sua volta, prodotta da una crescente divisione di lavoro.

Onde una doppia corrente si genera: una corrente, che divide per unire in maniera più organica e una corrente, che unisce per dividere, o per rendere più possibile una divisione specifica; e corrispettivamente, scaturisce una doppia categoria di esigenze, che vogliono essere regolate dalla norma e costituiscono il contenuto materiale dei due processi di generalizzazione e di specificazione del comando giuridico. Da una parte, la divisione del lavoro rende sempre più necessaria la determinazione delle norme generiche, che valgano a regolare i rapporti intercedenti fra le parti specificate, i nessi organici, dai quali dipende la loro collaborazione al conseguimento degli scopi comuni. Dall'altra, la specificazione delle forme di attività, rende sempre più necessaria la determinazione di norme specifiche, le quali valgono a regolare i rapporti specifici, che si svolgono per il conseguimento dei fini speciali. E così il medesimo processo di divisione del lavoro promuove la formazione di norme generiche e di norme specifiche, che si presuppongono e si completano a vicenda.

§ 60. — Il processo di generalizzazione della norma quando si tratta di norme del diritto interno, è limi-

tato da due ordini di fatti, uno di carattere internazionale, l'altro di carattere interno.

Quanto al primo, il limite proviene dall'estensione stessa dell'impero del potere, onde proviene la norma. L'impero del potere è circoscritto entro un determinato territorio, onde la generalizzazione della norma è anzi tutto territoriale; la forza della norma non si estende, di regola, oltre i confini del territorio. La norma, può estendere la sua azione oltre questi confini, solo quando ogni singolo potere l'adotti per conto proprio e la faccia quindi valere quale un comando proveniente dalla propria volontà. Contro tale principio esistono alcune eccezioni, che sono piuttosto apparenti anzi che reali. Le norme di diritto internazionale, appunto perchè internazionali, superano i limiti di territorio per regolare i rapporti fra gli Stati. Ma, per acquistare la loro efficacia regolatrice, queste norme devono pur essere accettate, o autorizzate e fatte valere nel loro interno dai singoli Stati, che entrano a far parte di questa forma più alta di convivenza. In secondo luogo, l'impero della norma può estendersi anche a tutti coloro, che, quantunque residenti in estraneo territorio, si trovano legati da vincoli di dipendenza verso un determinato ordinamento giuridico, quali sono appunto i cittadini di uno Stato, che risiedono all'estero. Ma l'efficacia regolatrice della norma si esplica sempre sul proprio territorio e quivi soltanto essa può tradursi in atto; sul territorio di un altro Stato non può produrre effetti giuridici se non col consenso espresso o tacito del sovrano, cui quel territorio è soggetto.

Infine vi possono essere norme, nelle quali il contenuto formale sia identico in diversi Stati, sia perchè uno Stato le abbia importate da un altro, e abbia dato ad esse forza coattiva, sia perchè la somiglianza delle esigenze abbia indotto a disposizioni simili. Le norme

di questo genere tendono a diventare sempre più numerose negli Stati civili, a causa della comunanza delle condizioni e dei bisogni, promossi dal medesimo grado di civiltà e quindi dall'azione parificatrice che, sotto un certo aspetto, esercitano, le comuni forme d'incivilimento. Si costituisce per tal modo una specie di diritto comune a più Stati. Ma la comunanza del contenuto formale non ci deve trarre in inganno circa la sorgente della forza imperativa, che rimane pur sempre per ciascuno Stato quella del proprio potere statuale. Onde solo in un certo senso, può parlarsi di un diritto comune a più Stati.

I limiti di carattere interno sono dati dalle diverse condizioni dei luoghi, dalle differenze di classi, dalle qualità funzionali delle persone e quindi dei rapporti. Quanto alle prime, bisogna osservare che più vasto è il territorio di uno Stato, più numerose e più accentuate sono le differenze dovute, alla posizione geografica, alle peculiarità oro-idrografiche dei vari luoghi, al clima, alle condizioni demo-etnografiche e quindi agli ambienti sociali, che si determinano nelle varie parti. Soltanto le Città-Stato dell'antichità classica o i Comuni medievali, che non uscivano, a così dire, dalle mura della città, potevano presentare un massimo di omogeneità a tal riguardo. Col formarsi dei grandi Stati moderni, questa omogeneità è venuta meno e le differenze locali o regionali hanno acquistato favorevole importanza, quantunque la facilità delle comunicazioni e le tendenze livellatrici dell'incivilimento valgano a ridurle, o, quel che accade più di frequente, a celarle. Le differenze di classi sono determinate dagli aggruppamenti organici degl'interessi specifici: comuni a date categorie di persone, onde provengono specifiche condizioni sociali e specifiche maniere di pensare, di sentire e di operare, ristrette entro i limiti del gruppo e proprie soltanto delle persone, che vi appartengono. Gl'interessi

di classe non hanno quindi carattere espansivo, si restringono entro i confini della classe e non possono avere una portata generale. Le differenze invece dovute alle qualità funzionali si riferiscono alle funzioni, che gl'individui esercitano nella convivenza e quindi ai rapporti, che da tali funzioni scaturiscono. Così, l'uomo, la donna, il cittadino, il padre, il figlio, l'impiegato, ecc. implicano differenze, che nella loro specificità hanno una portata generale, perchè si riscontrano in tutte le parti dell'aggregato e su di esso, direttamente o indirettamente, si riverberano.

Di tutte queste categorie di differenze, le più naturali sembrano quest'ultime, perchè più strettamente collegate con la natura propria del rapporto, che la norma regola o dovrebbe regolare. Ma tali differenze, se per un verso sono specifiche, per un altro hanno carattere generico, appunto perchè si svolgono liberamente e si riscontrano in tutte le parti della convivenza. Le differenze delle altre due categorie hanno invece carattere specifico e per loro natura non comportano le norme di carattere generico e perciò incompatibili con lo spirito del diritto moderno, che invece di proteggerle, deve tendere a eliminarle. E perciò, col progresso dell'incivilimento esse tendono a scomparire, mentre al contrario le differenze di carattere funzionale tendono a moltiplicarsi in conseguenza del processo della divisione del lavoro. Ciò non può non produrre uno spostamento nel carattere della norma che, pur diventando specifica per il contenuto, rimane o può diventare sempre più generica per la sua estensione. In tal modo le norme generiche possono adeguarsi alla molteplice varietà delle cose e dei rapporti, poichè si riferiscono sempre più a rapporti, che sono specifici per la natura, ma estesi per la portata e per le categorie di persone, onde provengono.

CAPITOLO XI

La stabilità della norma.

§ 61. — La norma non potrebbe riuscire effettivamente regolatrice se non fosse stabile. Questo carattere è più importante di quella della generalità. Non basta infatti che la norma abbracci un numero determinato di atti e di rapporti, occorre che li abbracci anche per un certo tempo, che per lo più è indeterminato. La stabilità della norma è una stabilità formale, e non deve confondersi con la stabilità di fatto e neppure con la stabilità dei fatti, che essa regola. La prima risiede nella immutabilità stessa del comando e quindi nella forza di resistenza, che esso dispiega di fronte ad ogni cambiamento, che non sia prodotto secondo le forme volute dall'ordinamento giuridico. In altri termini, la norma è formalmente stabile, non perchè non possa essere modificata o abrogata; ma perchè non può essere modificata o abrogata se non dalle fonti formali, cioè in conformità del diritto. Così, una legge è formalmente stabile perchè rimane in vigore, finchè gli organi legislativi non la modificano, con un'altra legge. In fondo la stabilità formale è data dai freni che s'impongono alla volontà, che comanda e che essa non può mutare a capriccio. Questi freni, che consistono in formalità giuridiche, costituiscono delle vere garanzie contro l'arbitrio del potere.

La stabilità di fatto è invece data dalla costante osservanza della norma, cioè dal fatto che gl'indi-

vidui soggetti al comando uniformano costantemente i loro atti alle sue ingiunzioni. Le due forme di stabilità possono trovarsi d'accordo, e allora la norma dispiega il massimo di efficacia regolatrice; ma possono non trovarsi d'accordo, e allora si verifica il caso di cui parla Dante: *Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?* Questo disaccordo può generare il disordine o può preparare il terreno per la formazione di nuove norme.

Infine la stabilità dei fatti si riferisce alla stabilità delle esigenze che la norma regola, cioè agli elementi materiali della norma e costituisce la ragione ultima della sua stabilità formale. Infatti, se si richiede nella norma un certo grado di stabilità formale, ciò avviene perchè certe esigenze e i rapporti che da esse derivano, si mantengono e si svolgono costantemente in un dato modo e possono quindi essere regolate in maniera costante. In un mondo in cui tutto oscillasse di continuo e non vi fossero perciò elementi stabili, non sarebbe neppur possibile una norma stabile. La stabilità formale della norma è quindi in correlazione con la stabilità dei fatti della vita sociale.

Ma non tutti i fatti della vita sociale presentano il medesimo grado di stabilità e perciò la norma si fonda su di un processo di astrazione, con cui si fa una cernita di quegli elementi stabili, che possono assoggettarsi all'impero di un comando permanente nella sua azione. Il processo di dissociazione e di astrazione, cui abbiamo precedentemente accennato, ha in ultima analisi di mira, non tanto la determinazione di un comando generico, quanto quella di un comando stabile. Ecco perchè la norma è sempre e necessariamente un'astrazione, nella realtà abbiamo solo casi concreti, che differiscono gli uni dagli altri incessantemente e si trasformano di continuo.

§ 62. — Ma che cosa bisogna intendere per stabilità

dei fatti? E possono darsi nella vita sociale fatti che siano veramente stabili?

I fatti ai quali si riferisce la norma non sono che gli atti umani, i quali, appunto perchè atti, non possono essere stabili, ma possono invece essere costanti, cioè ripetersi in modo simile o quasi identico. La stabilità di cui qui vogliamo parlare è appunto la costanza della ripetizione. È indubitato che nel turbinìo della vita sociale, in mezzo all'incessante succedersi di situazioni e di azioni sempre nuove e diverse, si delineano certe combinazioni durature relativamente, certe ripetizioni costanti. Costituiscono essi come i precipitati dell'umana attività, effetto del consolidamento della vita sociale, entro date forme, espressione di credenze o di tendenze, basate sulle esigenze, che hanno forza duratura in conseguenza delle condizioni dell'ambiente, nel quale si determinano, si fissano nelle coscienze ed inducono ad azioni costanti o sono capaci di produrre costanti manifestazioni. Ma più che atti sono elementi di atti, poichè ogni atto nella sua realtà completa è complesso di elementi mutevoli e di elementi costanti, risultando da esigenze e da condizioni relativamente durature e da esigenze notevoli. Le prime sono condizioni essenziali o vengono come tali considerate ed è a queste appunto che la norma si rivolge. In ogni convivenza e in ogni grado del suo sviluppo vi sono o si determinano condizioni essenziali, che per la loro costanza si prestano ad essere regolate permanentemente in un dato modo. L'efficacia regolatrice della norma dipende dal modo come si produce l'adattamento fra la stabilità della norma e quella delle condizioni, che essa è chiamata a regolare.

Si rivela infatti tutta una scala nella stabilità delle condizioni e conseguentemente nella costanza degli atti. Alcune presentano un grado di massima stabilità, perchè dipendenti da esigenze fondamentali, più direttamente

connesse con la natura dell'umano individuo e della struttura propria dell'umano aggregato. Altre invece dipendono dalla struttura sociale di una data convivenza, in una data epoca del suo sviluppo. Altre infine mutano in un breve giro di anni, perchè dipendono da esigenze, che sono in un continuo processo di trasformazione e mutano in un breve volger di tempo. La stabilità poi è, a parità di condizioni, proporzionale al grado di semplicità delle esigenze e dei rapporti. Quanto più è semplice il rapporto, cioè quanto minore è il numero degli elementi su cui si fonda, e tanto minore è il numero delle connessioni e delle incidenze, e può quindi più facilmente sottrarsi alle cause di mutabilità e ripetersi un'infinito numero di volte. L'opposto accade a misura che diventa complesso.

§ 63. — Nella storia dell'umanità possiamo osservare il succedersi di due opposti tipi, i quali in vario modo e in vario senso influiscono sulla stabilità delle esigenze e delle condizioni e quindi delle norme. In uno di questi tipi le esigenze, le condizioni e quindi i rapporti presentano un massimo di stabilità e di costanza, onde le convivenze sembrano immobilizzate entro forme fisse e stabili. È l'epoca della tradizione e del costume, essenzialmente conservatrice, contraria quindi a qualunque cambiamento. A questo suole gradatamente succedere un tipo del tutto opposto, durante il quale le condizioni di esistenza diventano eccessivamente mobili e le società sembrano agitate da un desiderio incessante di cambiamento, di varietà, d'innovazione, onde la tradizione e il costume perdono ogni autorità. Questi due tipi, che vennero illustrati specialmente dal Tarde (1), e sono in correlazione con la legge dei contrasti psichici, perciò riflettono la loro influenza anche sul grado

---

(1) *Les lois de l'imitation ; La logique sociale.*

di stabilità delle norme giuridiche, essendo le norme giuridiche un prodotto delle coscienze.

Ma, per ben valutare la portata di tale influenza, bisogna tener presente che questi due tipi, non solo si succedono, ma, fino a un certo punto, possono coesistere; come lo dimostra il fatto della moda, che muta incessantemente accanto a una quantità di condizioni e di esigenze, che rimangono immutate per lungo volger di tempo. E così parimenti nel dominio del diritto vi sono parti, nelle quali la norma presenta un minimo di stabilità per potersi adattare ad esigenze assai mutevoli; mentre ve ne sono altre in cui presenta invece un massimo di stabilità, a causa della permanenza delle condizioni, che regola.

Indipendentemente poi dal tipo di vita sociale, opera anche sul grado di stabilità della norma il suo grado di astrazione e di generalità. Le norme che si fondano su di un piccolo numero di elementi e che perciò sono molto generiche, presentano un grado di maggiore stabilità di fronte a quelle che abbracciano un gran numero di elementi e quindi sono molto specifiche. La stessa gradazione che abbiamo notato per la generalità può quindi ripetersi per la stabilità. Bisogna peraltro osservare che non è tanto il numero degli elementi, quanto la loro qualità che sopra tutto decide della stabilità della norma. Le norme che si fondano sopra elementi essenziali, quindi sopra esigenze fondamentali nella vita dell'individuo e della convivenza, sono necessariamente più stabili. Ma è anche vero che la qualità è in rapporto al numero degli elementi. Il numero degli elementi essenziali è necessariamente assai più limitato di quello degli elementi accidentali e mutevoli.

CAPITOLO XII

La certezza della norma.

Sommario. — 64. La certezza formale. — 65. La certezza nei rapporti col contenuto. — 66. Natura degl'indizî su cui si fonda.

§ 64. — La norma giuridica, in tanto opera come tale in quanto è norma formalmente certa. Per certezza della norma bisogna intendere la sicura esistenza di essa quale comando del potere, la facile intelligenza ed applicazione del comando, che essa contiene e la sua effettiva attuazione. Molti sono quindi gli elementi che contribuiscono a determinare la certezza del comando, perciò costituisce questa un requisito, che presenta il maggior numero di difficoltà. Ma d'altra parte è uno dei requisiti più necessari, poichè se la norma non è certa, non può essere valida e perde ogni efficacia regolatrice.

Tra gli elementi della certezza della norma troviamo innanzi tutto la sicura esistenza formale del comando. Occorre che il comando esista in modo formalmente non dubbio. E ciò avviene quando gli organi componenti del potere l'hanno formulato e fatto conoscere come giuridicamente obbligatorio, secondo le formalità imposte dall'ordinamento giuridico. Questo non sempre può accadere. Nella consuetudine giuridica la constatazione della esistenza formale del comando può essere soggetta a dubbi e contestazioni, poichè, come sappiamo, la consuetudine si connette solo in maniera indiretta con la volontà del potere.

Un altro elemento consiste nella chiarezza e nella univocità del comando. La norma deve esser chiara e tale da non poter essere interpretata in maniere diffe-

renti, quindi deve essere espressa con un linguaggio che possa essere possibilmente compreso da tutti nel modo medesimo. E qui viene in aiuto il *linguaggio tecnico*, che è il linguaggio elaborato dai giuristi per esprimere nel modo più esatto e preciso l'intenzione della volontà, onde proviene il comando. Ma con tutto ciò l'istrumento di espressione rimane sempre imperfetto, tanto più che le esigenze e le idee si trasformano e riflettono anche la loro azione sulle trasformazioni del linguaggio.

Un altro elemento risiede nella formale constatazione degl'indizi sui quali la norma si fonda. Essendo la norma giuridica una norma esterna e dovendo regolare atti esteriori, è costretta a fondarsi sopra indizi, alla loro volta esteriori, che rivelino gli atti compiuti, l'intenzione dell'agente a compierli o a non compierli, quali sono appunto i documenti, le attestazioni, le testimonianze, il decorso del tempo, ecc. La certezza della norma dipende quindi anche dalla facilità con la quale questi indizi possono essere constatati.

Finalmente, anche il modo come la norma viene osservata e fatta osservare può influire sul suo grado di certezza. L'osservanza imprime certezza al comando con la stessa ripetizione degli atti e col convincimento che genera o alimenta intorno alla sua forza obbligatoria. L'inosservanza invece mette in dubbio, non solo il significato, ma anche la forza obbligatoria e l'istessa esistenza formale della norma.

§ 65. — Diversa dalla certezza formale è quella che si riferisce ai rapporti fra la norma e gli elementi che deve regolare, cioè il contenuto materiale. Questo riguarda l'esistenza degli atti e dei fatti, ai quali il comando si rivolge. Perchè la norma abbia sicura efficacia occorre che i fatti esistano ed esistano nel modo come vengono considerati per rispondere agli scopi, che essa si propone. Senza dubbio, la norma formalmente

può far tutto, anche trasformare l'uomo in donna, come dicono i giuristi inglesi; ma quando non è in armonia con la effetttiva esistenza dei fatti ed è incapace di adeguarsi ad essi, rimane condannata ad una pura esistenza formale, senza efficacia pratica, o tutto al più, con una efficacia dannosa e perturbatrice.

Se non che lo stato di certezza dei fatti e dei rapporti, non dipende soltanto dalla loro certezza effettiva, ma dai convincimenti, che si formano, basati sulle esigenze, che genera il diritto. Quindi per opera di questi convincimenti essi entrano a far parte del contenuto materiale della norma. Dove i convincimenti e quindi gli ideali non sono coerenti e concordi e dove regna quindi la disparità delle tendenze e delle opinioni, colà il contenuto materiale della norma è oscillante e indeciso. Quali esigenze devono essere accontentate dal comando? In che maniera dovranno essere regolate? Sono problemi che allora non possono ricevere una soluzione uniforme, e le soluzioni che ricevono presenteranno sempre un carattere incerto, provvisorio, esposto alle interpretazioni molteplici e divergenti. Tutto l'opposto deve necessariamente accadere quando le tendenze si fondano in uniche aspirazioni e la diversità di convincimenti non si produce, o non viene tollerata ed è ben tosto sommersa in seno delle opinioni dominanti.

Vi sono poi tre momenti sopra tutto, nei quali la certezza dei fatti acquista maggiore valore e può acquistare un decisivo sopravvento su quella formale; e sono il momento della interpretazione, quello dell'accertamento dei fatti e quello della costituzione nella norma. Nel momento della interpretazione, la constatazione del valore dei fatti in rapporto agli scopi della norma, può suggerire il criterio di una risoluzione determinata, o per precisare i limiti e le indicazioni formali, che la norma lasciò indecisi o non espresse chiaramente. Nel momento dell'accertamento

dei fatti, si deve accertare, prima di tutto, se i fatti esistono effettivamente, come affermano le parti o come afferma una parte sola e l'altra nega. E in secondo luogo se vi sono indizi o prove sufficienti, per accertare se essi stanno effettivamente nel modo determinato dalla legge.

Ma il momento in cui le ricerche di questo genere assumono il massimo d'importanza, è certamente quello della costituzione della norma. Allora è il momento decisivo per ricercare e possibilmente determinare, con la maggiore certezza, il rapporto, che deve intercedere fra la norma e la realtà. Ed è qui che si presenta, in tutta la sua difficoltà, il problema intorno al valore degli indizi ed acquista rilievo il contrasto fra il loro carattere esterno e il loro significato effettivo per gli scopi della norma.

Allora si comprende che non ogni indizio esterno facilmente constatabile può avere importanza, ma quegl'indizi soltanto che rivelano nel modo più certo quelle condizioni e quegli atti, che la norma prende di mira. L'indizio non ha un valore per sè stante, ma prende valore dai fatti che può rivelare e che la norma non può abbracciare direttamente. Così, il numero degli anni vissuti si prende come indizio rivelatore di quella maturità di mente e di volontà, necessarie per l'esercizio di certi diritti; il tempo trascorso si prende come indizio di un cambiamento d'intenzione, di rinunzia ecc. Non essendo possibile per gli scopi regolatori della norma un accertamento caso per caso di quel grado di maturità, dell'esistenza di quell'intenzione, la norma si affida a questi indizi. Quando manca ogni nesso causale tra l'indizio e il fatto, l'indizio diventa fallace e la norma non riesce ad adeguarsi alla realtà, come nel caso, innanzi citato, di una norma che concedesse certi diritti in base al colore dei capelli. Così l'indizio sta, in certo modo, alla frontiera dei due dominî, quello della forma e quella della materia e costituisce il punto de-

licato, in cui le due parti si avvicinano, ma in cui possono anche determinarsi le invasioni in un senso o nell'altro.

§ 66. — Da qui l'importanza di certi principî direttivi, che qui non possono indicarsi che in termini generici, lasciandone ai giuristi la determinazione specifica:

1.° Occorre innanzi tutto che l'indizio sia esterno, obbiettivo e certo, quindi possibilmente sottratto allo stato delle opinioni e dei sentimenti. Così l'intenzione manifestata di compiere un dato atto, non è indizio sicuro dell'effettivo adempimento di quell'atto. Così, nelle prove testimoniali, la distinzione fra l'esposizione del fatto e l'apprezzamento del testimone. La stessa prova testimoniale non è indizio sicuro, per la grande facilità degli errori, delle illusioni, delle dimenticanze, ecc.

2.° Non solo l'indizio, ma la stessa constatazione di esso dovrebbe essere possibilmente sottratta all'individuale apprezzamento delle persone, all'interpretazione degl'interessati o dei terzi. Un indizio che deve essere accertato perde perciò stesso una gran parte del suo valore. Ma nella grande complicazione degli atti, dei rapporti e dei moventi, non è sempre facile e possibile determinare indizi di questo genere.

3.° L'indizio deve essere in un rapporto causale con i fatti, che esso sta ad esprimere, subordinatamente ai fini della norma. Così, quando questa richiede un dato grado di cultura per l'esercizio di certi diritti, non si fonda sull'età, ma sui diplomi conseguiti o sull'accertamento diretto per mezzo di un esame, di un concorso e via discorrendo. Ma la grande difficoltà a tal riguardo deriva, in primo luogo, dal modo di accertamento del rapporto causale; in secondo luogo dalla variabilità del rapporto stesso. Lo stato delle credenze basate sulle esigenze del diritto, può grandemente influire su quell'accertamento, facendo scorgere connessioni causali, che altrimenti sarebbero sfuggite là dove sono semplici connessioni accidentali, o viceversa. La variabilità del rap-

porto causale rende l'indizio malsicuro di fronte ad ogni caso specifico. Il numero degli anni è certo in connessione causale con un certo grado di capacità per l'esercizio di dati diritti; ma una età determinata non costituisce un indizio sicuro di capacità per tutti gl'individui che la hanno raggiunta. Da ciò l'impossibilità per la norma di adeguarsi ad ogni singolo caso; essa si adeguerà con esattezza forse ad un caso solo, per tutti gli altri si avrà un'approssimazione. Come si possono allora conciliare le due opposte esigenze, cioè la certezza della norma e l'impossibilità di un sicuro indizio per tutti i singoli casi? L'unico rimedio escogitato, anzi spontaneamente suggerito dalla necessità delle cose, è quello di fondare l'indizio sulla media dei casi, e di conferire quindi ad esso un valore medio, poichè solo in questo modo è possibile accordare la certezza formale della norma con la variabilità dei singoli casi. Da qui l'altro principio.

4.° L'indizio deve essere in rapporto causale, non con i singoli, ma con la media, implica cioè un rapporto causale medio. Esso rivela, non propriamente una maggioranza di casi, ma un caso astratto, tipico, in mezzo alle oscillazioni in un senso o in un altro. Da qui l'importanza che hanno le medie nel dominio del diritto; esse non sono quivi meno importanti che nel dominio della statistica. La media è come il mezzo artificiale necessario che si frappone fra le esigenze della norma e quelle della realtà e cerca di conciliarle nel miglior modo possibile, se non sempre nel modo desiderabile. La media è per essa necessaria, non solo per la determinazione degl'indizi, ma in genere per la determinazione di ogni qualunque forma di comando. Questo infatti non si rivolge ai casi singoli, ma ai casi tipici, fondati sulle medie. Tutti i processi di dissociazione e di astrazione, cui abbiamo innanzi accennato e sui quali si fonda la generalità e la stabilità del comando, sono processi ri-

volti alla determinazione dei casi tipici medî. Come lo statistico cerca di determinare con le medie le normalità della vita sociale, così il legislatore e, in genere, la volontà che fissa la norma, cerca di fondare su queste normalità i suoi comandi. L'elemento formale della norma tanto più risponderà al suo contenuto materiale, quanto più e meglio potrà adagiarsi sulle normalità della vita individuale e sociale. E come accade per le medie, che tanto più sono grandi e generiche e tanto meno hanno valore pratico, perchè troppo astratte e lontane dalla variabilità dei fatti della vita, e all'opposto, acquistano valore pratico a misura che più si accostano alla realtà e sono quindi specifiche; così avviene anche per la generalizzazione delle norme e quindi per il grado di astrazione degl'indizi, sui quali si fondano.

5.° Molte volte poi l'indizio è una supposizione posta e imposta dalla norma per il raggiungimento dei suoi scopi regolatori. La norma in tali casi vuole che si determini un nesso causale fra il fatto e l'indizio, anche quando esso non esiste. È questo il principio che guida le presunzioni giuridiche. La presunzione giuridica non è in fondo che la supposizione di un rapporto causale, che la norma vuole si determini sempre fra un dato atto e un dato indizio, anche quando nel fatto esso non esiste, E per l'ingiunzione della norma quel rapporto tende in genere a costituirsi.

6.° Alcuni indizî poi si riferiscono direttamente ai fatti interni, i quali determinano il modo come tali fatti devono essere considerati. Quantunque la norma giuridica, per sua natura, non possa rivolgersi che ai fatti esteriori: vi sono peraltro dei casi, nei quali essa impone un riferimento agli elementi intenzionali. Ciò accade ordinariamente nei casi di contestazione intorno al valore degli atti esterni e nei casi di violazione della norma; in genere, quando si cerca di cogliere il nesso causale fra l'atto esterno e la volontà ond'esso, pro-

viene. Nel procedere a determinare questo nesso si può partire, o dall'ipotesi della *volontà cattiva* o da quella della *volontà buona*. Ma la prima ipotesi non soccorre, innanzi tutto perchè, contraria ad ogni principio di solidarietà, getterebbe il sospetto e la diffidenza fra gli uomini e sarebbe di ostacolo alla cooperazione sociale. Non resta che l'altra ipotesi secondo la quale la volontà deve ritenersi come buona fino a che non si può formalmente dimostrare il contrario. Su questo principio si fondano appunto certe generali presunzioni, che valgono quali indizî rivelatori, allorchè ad altri indizî non è possibile ricorrere: tali la presunzione della buona fede nei contratti, dell'innocenza fino alla prova di reità, della condotta buona, quando manchino precedenti criminosi, o atti esterni capaci di appoggiare presunzioni contrarie. Ma in questi casi apparisce tutta l'imperfezione degl'indizî ai quali la norma è costretta a ricorrere, quando deve direttamente rivolgersi agli elementi intenzionali, a causa della sua impotenza congenita a regolare fatti di questa natura. Dobbiamo peraltro tener presente che la vita sociale non è regolata soltanto da norme giuridiche e che queste devono molta parte della loro efficienza regolatrice al modo come possono fare appello alle altre norme e all'appoggio, che da esse possono ricevere.

CAPITOLO XIII

L'eguaglianza della norma.

SOMMARIO. — 67. Dal punto di vista formale. — 68. Il processo di parificazione. — 69. Il processo di differenziamento. — 70. Azione dei due processi. — 71. Significato del principio d'eguaglianza. — 72. Principii che ne scaturiscono.

§ 67. — L'eguaglianza è un carattere che deriva alla norma dalla sua generalità. Riferendosi essa ordinaria-

mente a gruppi, a categorie di persone e di rapporti supposti eguali comanda per ciascun elemento del gruppo la medesima cosa. L'eguaglianza intesa in tal modo è antica quanto è antico il comando astratto, anzi quanto l'idea stessa di giustizia, che induce all'eguale riconoscimento di rapporti simili, o come tali ritenuti. Ma, quando si parla del principio di eguaglianza, si suole intendere qualche cosa di diverso, e cioè che le categorie determinate dalla norma non devono fondarsi su differenze accidentali dovute alla nascita, al censo, ecc., ma su differenze essenziali dovute, alle capacità, alle attitudini, alle funzioni. Sotto questo aspetto il principio di eguaglianza non poteva apparire che in uno stadio molto avanzato nella vita del diritto. In uno stadio poco evoluto il diritto non ci presenta il carattere dell'eguaglianza, ma quello della disuguaglianza, a causa delle categorie ristrette, su cui si fonda il comando e quindi a causa delle molteplici distinzioni e differenze di trattamento.

Il carattere dell'uguaglianza doveva invece accentuarsi a misura che si accentuava il processo di generalizzazione, che andava parificando cose e persone prima riputate diverse, allargava le categorie ed i gruppi, metteva in rilievo i lati simili, faceva cadere nell'ombra i lati dissimili. Cause storiche, le quali operarono, sopra tutto nell'Europa occidentale, impressero al principio di eguaglianza il significato di negazione di ogni e qualunque privilegio, cioè di ogni trattamento di favore non giustificato da una effettiva differenza di funzione. Questo carattere negativo si accentuò fino al punto da indurre alla negazione di ogni differenza di fatto e quindi alla illusione che il principio di eguaglianza dovesse significare una meccanica parificazione di cose e di rapporti, con esclusione di ogni e qualunque differenza.

Il principio giuridico di eguaglianza, invece non può

essere che un principio formale, al pari di ogni altro principio giuridico, onde non può significare che una *parità di trattamento nella parità delle condizioni.* Con ciò non si deve intendere che la norma debba adeguarsi alle differenze di fatto e prenderle in tutto e per tutto così come si presentano. La norma non potrebbe regolare il fatto, se non reagendo su di esso e perciò prendendo le somiglianze e le differenze, nel modo che possano meglio rispondere ai suoi scopi. Quindi il carattere formale del principio non esclude che la norma possa contribuire a determinare le condizioni di eguaglianza, come anche a determinare differenze giuridiche in uno o in un altro senso. Sicchè il problema risiede sopra tutto nel significato che può assumere la frase *parità di condizioni.* Che cosa si deve intendere per condizioni eguali o diverse nel dominio del diritto?

§ 68. — Una tale domanda ci porta necessariamente nel dominio del contenuto materiale del diritto, delle esigenze, che esso si propone di regolare, degli scopi, cui tende. A tal riguardo possiamo osservare che si delineano nelle convivenze umane due processi corrispondenti: un processo di parificazione e un processo di differenziamento. Abbiamo potuto notare la loro azione a proposito della generalizzazione della norma e della corrispettiva specificazione del comando giuridico, dobbiamo ora considerarli sotto un altro aspetto. Ciascuno di questi processi presenta due lati, cioè un lato psichico, che implica una serie di sintesi che si compiono nella nostra mente e un lato obbiettivo, che implica una serie di trasformazioni che si compiono nei fatti e nei rapporti della vita sociale. A questi processi si collegano poi le esigenze pratiche suggerite dal principio di giustizia e di utilità sociale.

Il processo psichico di parificazione è determinato dalla disposizione della nostra mente a cogliere, oltre che le differenze, anche le somiglianze fra le cose ed

i rapporti e in questo caso le somiglianze ed eguaglianze fra gl'individui umani e i rapporti della vita sociale.

Questa percezione — che rispetto ai fenomeni naturali si sviluppa assai per tempo nelle menti — è poi lenta a svolgersi rispetto ai fenomeni sociali ed umani, a causa della maggiore complicazione del fenomeno e degl'interessi e delle passioni, che in tal caso entrano in giuoco, trattandosi di fenomeni, che ci riguardano assai da vicino. Ma, prima o poi, questo processo doveva determinarsi, promosso dal fatto stesso della convivenza e dall'azione degli elementi emotivi, in ispecial modo dei sentimenti di simpatia e di solidarietà, come anche dalle imitazioni reciproche, in seno dell'aggregato. Gli stessi antagonismi determinati dall'attrito degl'interessi e delle passioni dovevano indirettamente indurre al riconoscimento di una comune natura in tutti gli uomini, che si trovavano in diretto contatto. Ma, la percezione delle somiglianze e di una comune natura in tutti gli uomini non poteva non condurre all'esigenza di trattare e di veder trattare gli uomini in base a questa comunanza di natura. L'esigenza etica scaturiva dalla stessa percezione delle eguaglianze, come un riflesso della coscienza etico-giuridica e veniva rinforzata dalle considerazioni utilitarie, intorno ai benefici effetti di una cooperazione, in cui tutti gl'individui possono parimenti svolgere tutta la loro attività.

Questo processo psichico di parificazione non era un semplice prodotto dello spirito, esso corrispondeva a un processo consimile che si svolgeva nei fatti. Quando i primi nuclei di vita sociale, di carattere totemistico o gentilizio, si sciolsero in gruppi più vasti e questi poterono mettersi in contatto con altri gruppi, sia per mezzo della guerra o della conquista, sia per mezzo degli scambi, una parificazione doveva a poco a poco prodursi, tanto nelle maniere di pensare e di sentire, quanto nelle maniere di vivere e quindi nell'economia,

nei costumi, nell'organamento dei vari gruppi. A queste cause prime di parificazione, altre in seguito se ne congiungono, che sono con esse in rapporto continuo d'influenze reciproche, quale appunto la facilità crescente delle comunicazioni e dei mezzi di trasporto, le emigrazioni d'interi gruppi o di singoli individui, i viaggi, la diffusione delle lingue, l'unificazione della cultura. Sopra tutto bisogna mettere gli effetti unificatori della divisione del lavoro sociale, la quale, come sappiamo, produce una cooperazione sempre più intima e più intensa, conferendo a ciascun individuo e a ciascun gruppo una importanza relativa mano mano sempre più eguale a quella degli altri gruppi e degli altri individui, a traverso la diversità delle situazioni e dei compiti.

È inutile poi notare che il processo psichico e quello di fatto si rinforzano reciprocamente, poichè essi in fondo non sono che i due aspetti di un solo fenomeno. Una parificazione obbiettiva non si potrebbe produrre senza il processo psichico di parificazione e questo non può operare i suoi effetti, se non in quanto si svolge in armonia col processo obbiettivo.

§ 69. — Ma il processo di parificazione non è il solo che si compie con l'evoluzione delle convivenze; accanto ad esso, anzi con esso intimamente congiunto, vi è il processo di differenziamento, che alla sua volta opera nel dominio delle coscienze e in quello dei fatti.

Nel primo caso, esso è processo psicologico di differenziamento e consiste nella percezione sempre più profonda delle differenze che intercedono fra le cose, e qui in ispecie, fra gl'individui e i rapporti umani. Questa percezione è favorita dalla costituzione propria della nostra mente, che induce alla scoperta delle diversità, poichè con la percezione delle diversità, noi possiamo distinguere le cose. Essa richiede minor sforzo che la percezione delle eguaglianze, per la quale occorre sempre un processo di dissociazione e di astrazione. La realtà

ci presenta il fatto singolo, più o meno diverso sempre dagli altri fatti. Le diversità poi si accentuano nella vita sociale e alla percezione di esse siamo indotti a preferenza dai nostri interessi e dalle nostre passion. Si può dire che tutti i sentimenti vi portino il lori contributo: la simpatia, l'amore, l'odio, la vanità, l'amo bizione, ecc.

Con lo sviluppo della mente quest'attitudine a cogliere le differenze diventa più acuta. A misura infatti che la mente si arricchisce di elementi psichici, diviene, mano mano più sensibile e più atta a riflettere una maggiore varietà di cose ed a vibrare alle più piccole impressioni. Tanto più che con lo sviluppo della convivenza, le differenze, in un certo senso, si accrescono anch'esse, rendendo sempre più possibili le diversità di posizioni e di attitudini, gli aggruppamenti più vari, le funzioni più disparate. La divisione del lavoro sociale non può non mettere sempre più in rilievo le differenze, sulle quali si fonda. Poichè, se per un verso, essa rende la cooperazione più attiva e più intima, per un altro, sviluppa maggiormente le diversità di situazioni e di attitudini.

Onde, accanto al processo psichico di differenziamento si svolge un processo parallelo di diversificazione nei fatti della vita sociale. E anche qui i due processi sono le due manifestazioni di un fenomeno unico nella sua essenza, e perciò s'influenzano e s'intensificano, dando per risultato una individualizzazione e specificazione crescente di persone, di gruppi e di rapporti sociali. Esso provoca esigenze pratiche, idealità etico giuridiche. le quali permettono di valutare le differenze, sia secondo un criterio di giustizia sia anche secondo un criterio di utilità sociale.

§ 70. — Abbiamo quindi nel fatto due processi concorrenti che s'integrano nel medesimo tempo e che appariscono in antagonismo fra di loro. Nella realtà

obbiettiva le differenze non potrebbero esistere, senza le somiglianze, che ne sono come il cemento, perchè altrimenti si produrebbe una anarchia di elementi e di forze, che renderebbe impossibile l'esistenza del cosmo e in ispecie di una vita sociale. Ma neanche le somiglianze potrebbero esistere senza le differenze, poichè altrimenti le stesse somiglianze perderebbero la loro ragione di essere, sparendo tutte le forme d'individualità, fra le quali possono intercedere. Nella realtà subbiettiva poi vediamo, che, se da un lato, la nostra mente non può percepire le somiglianze senza, in pari tempo percepire le differenze; non può neppur percepire le differenze, senza in pari tempi percepire le somiglianze. E la percezione è tanto più esatta, quanto meglio riesce a riflettere i due aspetti, che presentano tutte le cose.

Da ciò si desume che è unilaterale ed incompleta la dottrina che vede nell'incivilimento soltanto un crescente processo di parificazione. Poichè esso implica anche un processo di differenziamento. Coloro che non si arrestano alla superficie, possono constatare che l'incivilimento, se da una parte parifica, dall'altra differenzia: cadono le vecchie barriere fra gl'individui, i gruppi, i popoli, fra le parti del mondo, spariscono le differenze caratteristiche fra i costumi, le leggi, le credenze, i generi di vita; come, in pari tempo, nuove differenze si determinano fra le attitudini mentali, gl'interessi, le funzioni; e tali differenze, se per un verso si estendono, per un altro si restringono, s'intensificano, si accentuano. E non è neanco esatta l'opinione del Durkheim, secondo il quale la civiltà tenderebbe a parificare i tipi collettivi, non quelli individuali; poichè, se è vero, che sotto un certo aspetto, ogni provincia, ogni regione, ecc. perde la sua fisionomia distintiva, non è meno vero, che certe altre differenze si accentuano e altre se ne creano, che prima non esistevano, come, ad esempio,

quelle fra centri manifatturieri ed agricoli, fra città e campagna, ecc. Assai più esatta era perciò l'osservazione di Aristotele, che considerava come naturali, tanto la eguaglianza, che la disuguaglianza. Solo che, guardando al fenomeno da un punto di vista statico e con le idee del suo tempo, egli non vide i cambiamenti, cui può andar soggetta la convivenza umana e concepì l'eguaglianza e la disuguaglianza quale un fenomeno strutturale, siccome apparisce chiaramente dalla sua giustificazione della schiavitù.

Invece se le differenze non scompariscono esse mutano carattere, da strutturali diventano funzionali, come giustamente nota il Durkheim (1). Divenendo più ricca e più varia, la nostra attività, acquista carattere più spirituale, il nostro spirito, in certo modo, si emancipa dal corpo e non si fissa più in strutture immobili e intrasmissibili, anche « noi tendiamo a credere che l'individuo sia in massima parte, figlio delle sue opere e a disconoscere quindi i legami, che lo legano alla sua razza e ne lo fanno dipendere, e anche tendiamo a credere, che l'individuo si emancipi gradatamente da tutto un passato, che non dipende dalla sua volontà. Ciò è necessario poichè l'ambiente diventa sempre più complesso e negli ambienti complessi frequenti sono le rotture di equilibrio. Per mantenervisi adatti, occorre che la funzione possa cambiare con le situazioni.

Se peraltro, i due processi sono paralleli e si integrano reciprocamente nelle diverse epoche storiche, può avvenire che l'uno o l'altro prenda il sopravvento. A tal riguardo acquista importanza la distinzione precedente fra epoche conservatrici ed epoche innovatrici, poichè nelle prime tende ad acquistare predominio il processo di differenziamento, mentre nelle seconde, tende a pre-

(1) La *division du travail social*. Par.s. 19 2, pagg. 339 e 396.

valere il processo di parificazione. L'epoca che attualmente traversiamo, è un'epoca innovatrice e perciò, in essa il processo di parificazione acquista rilievo, anche le differenze, non solo non appariscono in tutta la loro effettiva entità, ma sembrano anche meno numerose, di quello, che nel fatto, non siano.

§ 71. Questo adunque il fatto, come deve comportarsi di fronte ad esso la norma giuridica?

Se la nostra epoca è, nella sua generalità, un'epoca innovatrice e quindi, per sua natura, un'epoca di eguaglianza, ne segue che il suo compito sotto questo aspetto, deve essere innanzi tutto quello di riconoscere le eguaglianze e anche di promuoverle. E ciò, in primo luogo, col pieno riconoscimento di una comune possibilità umana all'esercizio di tutti i diritti. Una volta che le differenze tendono sempre più ad assumere un carattere funzionale e che le attitudini presentano un massimo di flessibilità, deve apparire di mano in mano più evidente in tutti gli uomini la possibilità di assumere le posizioni più svariate, di trovarsi nelle situazioni più diverse e quindi di acquistare la capacità per ogni genere di funzioni. L'esistenza di questa possibilità generica non è un'utopia, non è un'astrazione vuota di contenuto, ma è un fatto che si va realizzando, poichè fondato sulla comune natura umana.

Ma essa è qualcosa di più; è il prodotto di una fondamentale ed imprescindibile esigenza etica, che induce a riconoscere in tutti gli uomini una personalità. Il principio che tutti gli uomini sono persone è il presupposto primo del diritto. Senza l'affermazione che vi è in ogni uomo la qualità di soggetto, che è fine a sè stesso e non può essere mai trattato quale mezzo, noi non possiamo mai ascendere al vero concetto di norma regolatrice delle azioni umane. Abbiamo perciò un principio che trascende il dato storico, perchè imposto dalla nostra coscienza. Il processo di parificazione ha contri-

buito a farlo sorgere, non lo ha creato, anche perchè questo si è svolto sotto l'azione di quel medesimo principio. Una volta ammesso, apparisce quale una indispensabile condizione, sia di ordine etico, sia di ordine sociale. Di ordine etico, perchè imposto dalla nostra coscienza; di ordine sociale, perchè senza il riconoscimento di esso, il processo di divisione del lavoro dovrebbe arrestarsi e la società s'immobilizzerebbe in forme cristallizzate. Un ordine storico di cause e un ordine morale di fini quindi si congiungono, l'uno quale espressione dell'altro, per condurre all'affermazione della personalità e quindi del riconoscimento in tutti gli uomini di una comune possibilità all'acquisizione di tutti i diritti. Questo è il fondamentale significato del principio di eguaglianza.

§ 72. — Ma questo principio generico suppone altri principî che lo esplichino e ne agevolino l'attuazione. Abbiamo infatti il principio negativo e il principio positivo dell'eguaglianza. Il primo consiste nella successiva rimozione ed eliminazione di tutti quegli ostacoli, che mentre restringono la libera estrinsecazione della personalità, impediscono o turbano il naturale processo della divisione del lavoro. Esso vuole che spariscano tutte quelle differenze strutturali, quelle sproporzioni, quei privilegi di altre epoche storiche, le quali impedivano lo spontaneo sviluppo delle attitudini e delle attività corrispondenti e suonavano offesa alla personalità.

Il principio positivo si presenta sotto due aspetti. Nel primo aspetto è il riconoscimento della parità di diritti quando le condizioni sono eguali. Se tutti gli uomini sono persone, essi non possono ricevere diritti diversi quando le condizioni sono simili; ma in pari tempo non possono avere diritti eguali, quando le condizioni sono diverse. Qui abbiamo l'altra faccia, a così dire, del principio negativo. La rimozione degli ostacoli

e delle restrizioni non ha infatti altro fine, che quello di attuare nel modo più pieno questo principio. E qui dobbiamo veramente scorgere la differenza radicale che intercede fra la concezione, che possiamo dire moderna, del principio di eguaglianza con quella che si presenta in epoche meno evolute. Se, fin da quando la norma cominciò a generalizzarsi, dovè necessariamente prendere a fondamento condizioni eguali o credute eguali, il criterio col quale questa eguaglianza veniva valutata, non era quello della personalità, ma semplicemente quello della posizione strutturale degl'individui e dei gruppi: il nobile e il plebeo, il libero e lo schiavo, il cittadino e lo straniero erano considerati quali persone dotate di diversa natura. L'espressione *sangue bleu* non era una semplice metafora, ma voleva riferirsi a qualche cosa di reale. Nel concetto moderno invece l'eguaglianza viene valutata in base al criterio di un comune valore etico in tutti gli uomini, onde le differenze non possono più assumere che una semplice importanza funzionale e perciò relativa e mutevole con la funzione, con la situazione, che l'individuo assume nella convivenza, esse non possono più intaccare la personalità e costituire per questa un ostacolo insormontabile. Così, lo straniero può diventar cittadino, il cittadino può diventar funzionario, ecc., mentre spariscono le differenze fra nobile e plebeo, fra liberi e schiavi, poichè intaccano la personalità e non implicano semplici posizioni funzionali. Il criterio perciò della parità di trattamento assume un significato completamente diverso sotto l'influsso del nuovo principio etico-giuridico della personalità.

Ma vi è anche un lato che potremmo chiamare più attivo nel principio positivo di eguaglianza e questo apparisce quando si afferma che la norma non deve limitarsi a un passivo riconoscimento della parità delle condizioni, ma vuole intervenire per preparare le con-

dizioni per una eguaglianza di trattamento. Finchè infatti essa si limita a riconoscere un eguale trattamento alle attitudini e funzioni eguali, non può impedire che nel fatto una quantità d'ingiustizie si producano per la impossibilità materiale in cui tanti individui si trovano a sviluppare le loro attitudini e ad esplicare liberamente la loro attività. Coloro, ad esempio, cui fanno difetto i mezzi di sussistenza, non solo non possono sviluppare le attitudini proprie, ma non si trovano in condizioni eguali per esplicarle di fronte a coloro che tali mezzi abbondantemente posseggono. Ora, questa diversità di situazioni può riflettersi sulla personalità, può intaccarlai ridurla, può condurre addirittura ad una nuova forma, di schiavitù. Basta allora il semplice riconoscimento della personalità, quando poi nel fatto la personalità umana può venire in tanti casi offesa, conculcata e quasi distrutta?

Questo lato positivo del principio di eguaglianza, che si è delineato in questi ultimi tempi, dopo il pieno riconoscimento della personalità, ne costituisce il lato più delicato e più difficile ad essere compreso e formulato chiaramente, poichè implica un intervento attivo della norma nel dominio del contenuto. Finchè essa infatti si limita a riconoscere un eguale trattamento della personalità nella parità delle situazioni, essa rimane in un campo puramente formale, lasciando liberi gl'individui di assumere le situazioni e le funzioni che vogliono e che possono scegliere. È come lasciare a tutti la libertà di correre, senza preoccuparsi se tutti abbiano egualmente le gambe lunghe. Ma quando essa vuol preparare le condizioni di eguaglianza, è costretta ad operare sulle cause stesse della disparità e, una volta entrata per questa via, può perturbare il processo spontaneo della divisione del lavoro ed arrecare, in modo diretto o indiretto, offese o restrizioni alla stessa personalità, che si propone di difendere, o alle persone dei

terzi, provocando ingiustizie nuove o anche maggiori di quelle che vorrebbe impedire.

Così avverrebbe, se tornando sul rozzo paragone precedente, dopo aver concesso a tutti il diritto di correre, si volesse correggere la disparità delle condizioni, accordando a coloro che hanno le gambe più corte mezzi artificiali di locomozione, che li mettano in assoluta superiorità di fronte a coloro, che tali mezzi non posseggono. La norma non può creare un'uguaglianza di fatto, perchè una uguaglianza di fatto non è possibile. Anche le disuguaglianze, come abbiamo detto, sono naturali ed eticamente necessarie. La distruzione di quelle differenze, che costituiscono i caratteri della individualità, per quel tanto che è possibile, implica compressione e distruzione della personalità e implicitamente, negazione del diritto. Onde l'azione della norma, sotto questo suo aspetto positivo, deve limitarsi a favorire quelle condizioni che possono permettere a ciascuno il libero sviluppo della personalità, conformemente all'indole, alle attitudini che ciascuno possiede e lasciando ogni personalità padrona e responsabile dei proprî destini.

Qualunque sia il criterio che a tal riguardo si potrà adottare, rimangono immutati certi principî direttivi, i quali possono così indicarsi:

In primo luogo la norma non dovrà mai trovarsi in contrasto con la legge della divisione del lavoro e col processo di differenziamento sociale della personalità; non solo perchè l'arresto di tali processi implicherebbe arresto di sviluppo, ma perchè la legge naturale del fenomeno e l'azione stessa delle idealità etico-giuridiche, renderebbero vani gli sforzi della norma in questo senso. Essa potrebbe turbare, ma non distruggere ciò che è fatto spontaneo della vita e della convivenza, e la sua azione regolatrice perderebbe gradatamente in efficienza.

In secondo luogo, l'azione della norma, anche sotto questo suo aspetto positivo, rimane sempre in fondo un'azione formale e quindi esterna ed obbiettiva. Essa cioè deve pur sempre procedere per dissociazioni, per selezioni, per astrazioni e per categorie e non potrà mai abbracciare la realtà nell'integrità sua e in tutte le sue proteiformi ed incessanti trasformazioni. Devono perciò cadere le illusioni degli uni e le paure degli altri, intorno alla potenza parificatrice della norma giuridica. Essa dà quel che può dare e opera sempre in conformità della sua propria natura. La realtà è dominata da ben altre leggi, onde la norma giuridica non è, nè potrebbe diventare, il solo motore della vita sociale.

In terzo luogo, la norma giuridica, a tal riguardo, non è la causa prima del processo di parificazione, ma ne è in fondo una risultante, e per quanto possa alla sua volta, diventarne una causa, essa non può non obbedire alle stesse condizioni di fatto, onde è stata promossa; ora nelle condizioni di fatto nella realtà della vita, il processo di parificazione non si svolge mai staccato dal processo di differenziamento.

In quarto luogo e in conseguenza di tutto questo, la norma giuridica non può far scomparire tutte le ingiustizie e le forme di oppressione, che possono scaturire dal processo di differenziamento e in genere dalla stessa evoluzione progressiva dell'umanità. La sua azione, a tal riguardo è più limitata di quello che comunemente si crede. Ben altre cause e ben altre forze operano a tal riguardo. La norma può, fino a un certo punto, promuovere l'azione benefica di quelle, che favoriscono il trionfo della giustizia e l'attuazione di una maggior somma di benessere individuale e sociale; può, fino ad un certo punto paralizzare l'azione di quelle altre, che operano in senso contrario; ma non può nè creare le une, nè distruggere le altre.

CAPITOLO XIV

Rigidità della norma.

SOMMARIO. — 73. Rigidità nei vari momenti del diritto. — 74. Nei vari rami. — 75. Nelle diverse fonti. — 76. Rigidità di fatto.

§ 73. — I caratteri formali, che abbiamo finora esaminato, si richiamano, si presuppongono, si collegano e si completano gli uni cogli altri e dall'insieme di essi scaturisce la *rigidità* della norma giuridica. Essa è la sintesi di tutti i caratteri formali. La norma giuridica è più rigida di qualunque altra norma, perchè i caratteri formali vi sono più accentuati. Essa quindi non è pieghevole, non è oscillante, non è elastica, ma procede come una linea retta, come un regolo di ferro. Questa rigidità viene espressa in modo caratteristico dalla nota formula: *dura lex, sed lex.*

Ma essendo la sintesi dei caratteri formali, la rigidità non può non variare con essi. Ora, i caratteri formali variano nei diversi momenti della vita del diritto, nei diversi rami della giurisprudenza e nelle varie fonti.

Vi sono infatti dei momenti nella vita del diritto, nei quali la forma acquista una marcata prevalenza sul suo contenuto e perciò allora il diritto si presenta con un massimo di rigidità. Questo avviene in quelle epoche dette conservatrici quando il diritto si cristallizza o tende a cristallizzarsi in certe date forme, che diventano sacrosante ed immutabili. Tali forme si circondano di un'aureola quasi divina, che infonde ad esse tutta la misteriosa potenza di un comando sovrumano, quando non appariscano del tutto una diretta emanazione della divinità. Allorchè questo accade, il

valore della norma non è più calcolato alla stregua della sua lunga esistenza e della sua origine immemorabile. Essa viene allora rispettata, perchè vige, senza alcun riferimento agl'ideali giuridici, ma per riguardo ai caratteri giuridici dell'obbligatorietà.

In altre epoche invece si verifica una prevalenza del contenuto sulla forma e allora il diritto presenta un minimo di rigidità. Questo fenomeno acquista una spiccata evidenza nei momenti di rivoluzione. È appunto durante i moti rivoluzionari che le vecchie forme improvvisamente si sgretolano e si dissolvono sotto l'impulso di nuove esigenze e di nuovi ideali e le nuove forme non riescono ancora a costituirsi, a prendere consistenza, a raggiungere il loro assetto definitivo; onde si verifica il fenomeno opposto a quello or ora indicato, sparisce ogni rispetto per la forma e tutta l'attenzione si concentra sul contenuto. Sono le esigenze nuove che si affermano con tutta la loro forza e in tutta la loro efficienza e cercano una forma loro appropriata. Sta qui appunto la ragione di essere e la possibilità della rivoluzione. Essa, in fondo, non è che l'affermazione energica di un contenuto nuovo, che cerca la sua propria forma e fa incessanti conati per determinarla.

Il fenomeno che in tali momenti acquista caratteri così spiccati, può verificarsi in proporzioni più ristrette nelle epoche di profonde trasformazioni sociali, quando il diritto sotto la pressione di un contenuto nuovo, non ancora definitivamante fissatosi è spinto da un incessante moto di riforma. Allora le norme, in balìa delle discussioni si trovano esposte al cozzo degli interessi contrari o delle interpretazioni divergenti, o sono, a così dire, travolte da un moto di riforme frequenti. E le forme appariscono, non più quali fini a loro stessi, ma quali semplici mezzi per l'attuazione delle esigenze nuove. Si tende anzi allora a disconoscere il significato

vero nelle forme del dominio del diritto, come in genere della vita sociale, poichè esse sono qualche cosa di più che semplici istrumenti ed hanno anche un valore loro proprio, una propria funzione creatrice, senza della quale un dato ordinamento non potrebbe costituirsi, nè conservarsi nella vita della convivenza.

§ 74. — I due elementi assumono inoltre diversa prevalenza nei vari rami del diritto.

Così, nel diritto privato, l'elemento formale acquista un massimo di prevalenza e perciò la norma può presentare un massimo di rigidità, sopra tutto in quella parte di esso, che si riferisce a rapporti puramente individuali. La maggiore semplicità degli atti permette quivi di coglierne e di astrarne gli elementi essenziali per la costruzione dei casi tipici; onde questo ramo del diritto si presta meglio di ogni altro ad una elaborazione tecnica, ad un trattamento formalistico, che pur prescindendo dal contenuto materiale, non si trova con esso in contrasto. Da ciò la sua maggiore perfezione formale e il suo più antico sviluppo, che indussero a riguardarlo come il modello, cui dovrebbero ispirarsi gli altri rami del diritto nelle loro costruzioni scientifiche. Una tale opinione deve accettarsi con cautela e con le debite restrizioni e solo nel senso che certi fondamentali concetti e principî giuridici possono più facilmente desumersi da questo ramo del diritto, a causa della maggiore semplicità ed evidenza, con cui si presentano in tale dominio. Ma non deve nascondersi che la maggiore facilità, con la quale quivi la forma può separarsi dal contenuto materiale, nasconde il pericolo di un vero distacco fra il diritto e le esigenze della vita, per cui la forma s'ipostarizza in formule rigide, che traversano i secoli immutate, persistendo ad imporsi, quantunque incapaci di adattarsi alle nuove condizioni di esistenza. Questa è certamente una delle cause della grande influenza che ha avuto per tanti secoli

e continua ad avere anche ora, il diritto romano privato.

A misura poi che passiamo agli altri rami del diritto, nei quali il rapporto si complica e diventa variabile, l'elemento formale perde gradatamente la sua prevalenza. Così, nel dominio del diritto di famiglia e più ancora in quello del diritto pubblico, la norma si trova di fronte a contenuti più ricchi e più mutevoli, meno determinabili in maniera precisa e non riesce ad assumere o ad imporre in modo assoluto la sua rigida veste formale. Il diritto perde la sua perfezione formale, o pure non può conservarla, se non per mezzo di costruzioni astratte, che prescindono quasi interamente dalla realtà o si trovano con essa in contrasto, dando quindi origine al dissidio fra la pratica del diritto e le sapienti costruzioni scientifiche, come può ad esempio osservarsi a proposito del diritto elettorale e dei concetti sulla rappresentanza nella vita dei popoli liberi, se si considerano nelle dottrine di certe scuole. Da qui ancora l'importanza che assumono in questa parte del diritto la dottrina degli scopi, le tendenze politiche, le valutazioni di carattere etico e sociale.

§ 75. — Finalmente, rispetto alle diverse fonti; non è difficile comprendere che, fra le fonti dirette, la consuetudine sia quella in cui l'elemento formale è meno accentuato, perciò essa presenta un minimo di perfezione formale e di rigidità. Essa infatti scaturisce direttamente dalle esigenze della vita e di questa porta l'impronta e riflette le peculiarità, non riuscendo mai a staccarsene interamente, in modo da vestire una forma del tutto autonoma. Perciò che essa a preferenza rivela il sentimento più che la chiara idea del diritto bambino, come diceva Jhering, ancora nel suo stato di primitiva ingenuità. Essa peraltro costituisce sempre uno dei mezzi più importanti con i quali un nuovo contenuto di vita tende a farsi valere; ma a causa della sua imperfezione

formale si rende, anche per ora, meglio adatta in quelle parti del diritto, che non possono per loro natura assumere un grado elevato di rigidità e di certezza.

Nella legge l'elemento formale acquista la sua massima prevalenza e perciò il carattere della rigidità si presenta in essa nel modo più spiccato. La legge è infatti la vera espressione formale del diritto, per mezzo di essa il comando giuridico si afferma in tutta la sua evidenza e si stacca dal contenuto per vivere di vita propria, secondo le sue proprie leggi di logica giuridica. Essa rappresenta il diritto nella sua piena maturità, quando ha raggiunto la sua più completa coscienza di sè. Su di essa le esigenze della vita non possono più operare direttamente, ma devono operare per mezzo di un apparato formale più o meno complesso, per mezzo di organi che si sono costituiti e si frappongono quale elemento intermedio fra la materia e la forma del diritto. Questi organi agiscono quale un laboratorio, quale una specie di apparato digerente, che assimilano gli elementi disparati provenienti dal contenuto e li trasformano in comandi giuridici; o per meglio dire, conferiscono forma giuridica alle aspirazioni, alle idealità, che si elaborano nella vita in comune. La legge suppone quindi che la coscienza collettiva abbia trovato l'organo specifico della sua volontà, onde il principio *dura lex* riceve in essa la sua più completa ed energica applicazione. A causa di questa prevalenza dell'elemento formale avviene infatti che la legge presènti nel loro massimo sviluppo i caratteri formali, che abbiamo precedentemente esaminati e quindi la obbligatorietà, la bilateralità, la generalità, la stabilità, la certezza, ecc. Di guisa che la norma, una volta posta per mezzo della legge, si presenta come assolutamente immutabile per chi l'osserva e deve farla osservare.

Nel patto normativo continua a mantenersi, questa supremazia in un certo senso, quantunque ivi il conte-

nuto materiale prema alquanto su di essa, a causa degli interessi, onde sono mosse le singole parti, che procedono all'accordo, ognuna delle quali tende naturalmente a far prevalere i propri. Se poi si pensa, che in tal caso, alle volte, manca un organo superiore, che interpreti e faccia valere il comando, si capisce come in esso rimanga sempre aperta l'invasione delle forze, che operano nel contenuto, dando la prevalenza alle volontà più energiche e più potenti, le quali perciò riescono a piegare la norma al raggiungimento dei propri fini.

Venendo poi alle fonti indirette, è evidente che in esse le esigenze della vita acquistano valore ed una influenza notevole, appunto perchè si tratta allora di influeuze di fatto. La veste formale è subordinata al contenuto materiale, che opera a foggiarla a propria immagine e somiglianza. Così, la giurisprudenza non dà che una norma di fatto, esposta a modificarsi a misura, che mutano i corpi giudicanti, o i titolari di essi, o i criteri d'interpretazione. Solo fino a un certo punto, può rivestire i caratteri formali della norma e, cioè, quando essa è pienamente pacifica e si considera come un'esatta interpretazione della legge.

Quanto poi alle azioni degli uomini, manca ad esse ogni e qualunque veste formale. Diretta espressione delle esigenze della vita, esse costituiscono le vere forze motrici del diritto e dell'apparato formale. Ma, non potendo operare se non per mezzo di esso, non hanno perciò e non possono avere una propria forma giuridica. In sè stesse considerate, esse appariscono quale nuda materia destituita di forma, ed è perciò che, quando acquistano una decisiva prevalenza, come avviene appunto nei moti rivoluzionari, la forma cede e sparisce. Ma, se non sono forma, sono peraltro una materia che va in cerca di forma, poichè sente di non potersi definitivamente affermare senza assumere una forma determinata, ed è appunto per questo impellente bisogno

della forma, che le azioni degli uomini costituiscono i vero elemento vivo, la vera anima del diritto.

§ 76. — La rigidità è dunque un carattere della forma, non del contenuto materiale del diritto, che è all'opposto oscillante, mobile, flessibile. Ma, se non è un carattere del contenuto, non può non trovare in esso la sua ultima base, altrimenti la norma non potrebbe regolarlo. Ed infatti essa la trova nelle normalità del carattere degl'individui e in quelle della vita sociale e, in conseguenza, nella costanza delle esigenze, degli scopi e quindi degli atti volitivi. Per quanto mutevoli siano gl'interessi, i sentimenti, le opinioni, le aspirazioni, gli scopi, vi sono pur sempre interessi, aspirazioni, atti più o meno costanti, perchè si collegano a certe fondamentali esigenze etiche della nostra coscienza, quale, per esempio, il principio di giustizia; e a certe fondamentali esigenze utilitarie proprie della natura dell'uomo o della vita in comune, o proprie di una data società in un dato momento del suo sviluppo; o in genere possono determinarsi rispetto a specifiche condizioni di fatto, in cui, accanto alle oscillazioni, si rivelano rispetto a elementi duraturi, rapporti, che si ripetono o tendono a ripetersi in modo simile. È su queste esigenze durature, o su queste basi di fatto che la rigidità della norma s'impernia e può prodursi quella conciliazione fra l'elemento materiale, da cui scaturisce la vera efficacia regolatrice del comando.

Non vi è dubbio che il comando, come tale, non è un semplice riflesso delle condizioni di fatto, ha una sua propria forza creatrice e conservatrice, quindi una propria rigidità, che s'impone alla realtà obbiettiva, imprimendole regolarità e costanza; ma esso può riuscire a tal compito in quanto è anche un esponente di interessi, di esigenze e di condizioni costanti, che tendono a fissarsi nei loro caratteri fondamentali.

La rigidità del comando, è in altri termini, riflesso

di voleri costanti e perciò il comando può diventar rigido. La costanza dei voleri presuppone la costanza delle esigenze, delle opinioni e degli scopi. Ma siccome la costanza delle esigenze e quindi dei voleri è una esigenza relativa, così è anche relativa la rigidità del comando. Le volizioni non si ripetono mai in modo identico, una volizione che si ripete in modo identico, è inconcepibile, perchè non sarebbe più volizione. Ogni volizione è quindi qualcosa di nuovo o di diverso dalle volizioni precedenti. È quindi anche inconcepibile nella realtà una rigidità assoluta di comando. Essa può esistere solo come astrazione, in quanto ci riferiamo a un caso tipico, formato con alcuni elementi presi dalla realtà. Ma nella realtà non esistono casi tipici, come abbiamo detto, nella realtà, si hanno casi singoli, quindi singole volontà, che comandano e singole volontà che obbediscono. Per ciò che, non ostante la rigidità del comando, il diritto si trasforma anche indipendentemente dalla volontà che comanda. Così le azioni degli uomini esercitano sempre un'influenza modificatrice sul diritto, quali che siano le precauzioni prese per rendere il comando inflessibile.

Ciò non toglie alcun valore ai caratteri formali della norma e quindi alla rigidità, che ne è come la sintesi, ma permette di comprenderne meglio il carattere e la portata. Essi hanno il compito di rendere la norma obbiettivamente regolatrice, perciò derivano dal carattere esterno della norma giuridica. Una norma esterna ed obbiettiva non potrebbe regolare i rapporti umani se non per mezzo di questi caratteri formali. Ma regolare non significa immobilizzare i rapporti, poichè i rapporti umani non possono immobilizzarsi. Una norma che riuscisse ad immobilizzarsi, cesserebbe di regolarli, togliendo ad essi ogni valore di atti e di rapporti umani, riducendoli ad atti meccanici. I rapporti umani hanno valore solo allorchè sono il prodotto di libere volontà. Ne

deriva che i caratteri formali della norma non possono avere altro significato se non quello di caratteri-limiti, rivolti cioè ad imprimere una regolarità entro quei dati confini; i quali peraltro si spostano anche essi, ma si spostano gradatamente secondo una certa regola. L'ordine che essi imprimono è un ordine relativo, ma un ordine necessario nella vita delle convivenze; esso è inteso a conciliare nel miglior modo l'esigenza dell'unità, con quella della varietà, quella della conservazione, con quella del progresso.

Due esigenze, che si rivelano in tutti i fatti della società, della vita, del cosmo. La norma giuridica le concilia a suo modo, per mezzo dei suoi caratteri formali, e dal modo come le concilia nelle varie epoche, nelle varie convivenze e nelle sue varie parti, dipende il suo grado di perfezione, il suo grado di adattamento alle condizioni di fatto e quindi, il raggiungimento più o meno pieno dei suoi scopi regolatori.

PARTE II

PASSAGGIO DEL CONTENUTO ALLA FORMA

CAPITOLO I

Il mondo dell'essere e del dover essere.

SOMMARIO. — 77. I fenomeni sociali sono fenomeni psichici. — 78. Sono fenomeni volitivi. — 79. Formazione dei fini. — 80. Autorità dei fini.

§ 77. — Dopo l'esame dei caratteri formali della norma ci si presenta un grave problema: come avviene che da certe condizioni di fatto della vita sociale possano sorgere le norme che le regolano? O in altri termini, come può accadere che dalle esigenze della vita in comune scaturisca il comando, che ad esse s'impone? Sulle prime il problema si presenta gravido di difficoltà insormontabili, poichè qui vediamo l'uno di fronte all'altro come due mondi distinti, fra i quali a prima vista, non sembra vi possa essere alcun legame di sorta: il mondo dei fatti e quello della volontà, ognuno dei quali obbedisce alle sue proprie leggi. Che rapporto può esistere fra l'uno e l'altro e come questo si può imporre a quello quale forza regolatrice? Il primo scaturisce dalle leggi della vita e dei rapporti sociali e si svolge

secondo un ordine di cause; mentre il secondo proviene dal volere e si svolge secondo un ordine di fini; come può allora questo reagire su di quello e disporlo in maniera diversa da quella in cui obbiettivamente apparisce?

Per risolvere un tale problema occorre innanzi tutto ricercare quali nessi intercedano fra questi due mondi apparentemente così diversi e se essi siano di tale natura da permettere all'ordine morale di combinarsi con l'ordine materiale, per guisa da esercitare su di questo una forza direttrice. La soluzione può presentarsi abbastanza agevole se si pensa che il mondo dei fatti di cui qui si parla è prevalentemente, anzi esclusivamente, un insieme di fenomeni psichici, di fatti spirituali, consiste essenzialmente in fenomeni della nostra coscienza. La convivenza infatti non è, in ultima analisi, che un insieme di atti umani già compiuti o in via di compiersi e questi atti, quantunque possano in parte venir determinati da cause fisiche e biologiche, non possono, d'altra parte, diventare veri fatti sociali, senza assumere carattere psichico. Essi, in altri termini, sono fatti sociali, o danno origine a fatti sociali, in quanto e fino a tanto che sono fenomeni psichici. Cosicchè, quando parliamo di condizioni di fatto di una convivenza, vogliamo sempre riferirci in fondo, ad idee, sentimenti, aspirazioni, bisogni, ecc., cioè a fatti che si svolgono nelle coscienze ed operano per mezzo di esse. Se molte di queste condizioni hanno la loro origine, prossima o remota, in fatti di carattere materiale, quali l'ambiente fisico, la necessità del sostentamento, la struttura economica, le peculiarità etniche, ciò non invalida la nostra affermazione, poichè tutti questi fatti non operano sulla convivenza se non in quanto, operando sulle coscienze, le inducono a reagire in un dato modo.

Si vede allora chiaramente che le condizioni di esistenza sociale sono condizioni psichiche; ed è appunto

sotto forma di stato psichico che una necessità di coesistenza o di cooperazione si annunzia e si fa valere e spinge gl'individui umani a collegarsi e a distribuirsi in forme disparate di aggruppamento sociale. La convivenza umana non sarebbe possibile se i bisogni, i sentimenti, le idee, gli atti volitivi degl'individui, che si trovano in contatto, non potessero svilupparsi in maniera da armonizzare, da corrispondersi, almeno in parte. Uno stato di permanente contrasto fra questi elementi psichici, quali si manifestano nei vari individui, condurrebbe inevitabilmente alla lotta distruggitrice, renderebbe quindi impossibile la formazione di una convivenza umana. Gli stessi impulsi, che possono apparentemente presentare un carattere meccanico, non operano sulla convivenza, se non quando riescono a determinare una solidarietà fra le coscienze. Così ad esempio, l'affinità del sangue opera, perchè riesce a determinare certe comuni tendenze o credenze, cioè in quanto si trasforma in un fattore psichico di solidarietà. E la sua efficacia a tal riguardo, è proporzionale, non alla esistenza effettiva e al grado effettivo di affinità di sangue, ma alla credenza che si genera intorno a tale affinità.

Dopo ciò dobbiamo conchiudere che le condizioni di esistenza sociale, che costituiscono il contenuto delle norme di condotta in genere e conseguentemente, in ispecie, delle norme giuridiche, si riducono in fondo a fenomeni di coscienza e possono perciò sottostare alle leggi della coscienza, ed in ispecie della volontà.

§ 78. — Messa la questione in questi termini, cominciamo a comprendere che la soluzione del problema non è poi così difficile, come poteva apparire sulle prime, poichè non si tratta di fatti materiali esterni, che debbano trasformarsi in fatti psichici, ma di fatti psichici che si congiungono o danno origine ad altri fatti psichici. Non si tratta del passaggio del mondo

materiale a quello spirituale, dalle leggi di coesistenza e di successione dei fenomeni naturali, alle leggi dell'associazione e delle sintesi psichiche; ma semplicemente, da certe categorie di processi psichici ad altre categorie di tali processi. Non si esce, in altri termini, dal dominio della coscienza e delle leggi psichiche, ma si rimane sempre nell'àmbito di esse. Certo, se si guarda alle apparenze e non alla sostanza delle cose, parrebbe che un passaggio si verificasse quando il mondo materiale provoca esigenze nelle coscienze. Ma, se ben si pensa, queste esigenze non potrebbero sorgere, se non quando gli stimoli che vengono dal mondo materiale e in genere, da tutto il mondo esterno, non si trasformassero in processi psichici. La psiche opera con le sue reazioni, con le sue combinazioni, con le sue sintesi, la trasformazione del mondo materiale nel mondo sociale ed è in questo mondo sociale appunto esistente nelle coscienze e per mezzo di esse, che si determina il contenuto materiale del diritto.

Ma con ciò il problema non può dirsi risoluto. Il mondo dell'essere non è il mondo materiale soltanto, ma anche il mondo psichico, allorchè esso si presenta alla nostra intelligenza come esistente in un dato modo; mentre il mondo del dover essere è quello dei fini che la volontà crea o che sono ad essa immanenti. Anche nel dominio psichico questi due mondi ci si presentano adunque con la stessa distinzione e opposizione. Così, quando noi esaminiamo le leggi secondo le quali si determinano le nostre percezioni, i nostri impulsi, i nostri bisogni, o secondo le quali si associano le nostre idee, noi siamo nel mondo dell'essere; ma quando invece formuliamo certi ideali, cui la nostra volontà deve obbedire, entriamo nel mondo dei fini, del dover essere. Così parimenti, nella vita sociale possiamo osservare un insieme di condizioni, che pur agendo per mezzo dello spirito, obbediscono ad un ordine di cause:

così il clima, la posizione geografica, la struttura etnica, ecc., agiscono in vario senso sulla vita sociale; mentre altre condizioni obbediscono a un ordine di fini, quale quello proveniente dalla religione, dalla morale, dal costume, ecc. I due mondi adunque si trovano di fronte anche in questo caso e la posizione del problema apparisce in fondo identica.

Ma un passo innanzi possiamo fare verso la soluzione quando pensiamo che i fatti della vita sociale sono bensì fatti psichici, ma appartengono a quella speciale categoria di atti psichici, che si chiamano atti volitivi. Il dominio della vita sociale è, in altri termini, il dominio della volontà. La convivenza umana non si costituisce per opera di semplici idee, ma per opera di volizioni e di elementi volitivi e solo per mezzo di volizioni può esistere e prosperare. La società infatti implica sempre una certa convergenza o coordinazione di atti; ove tale coordinazione cessa, gli uomini rimangono isolati e cessa conseguentemente la vita in comune. Non basta la idea di vivere in comune perchè una data società sorga e si organizzi, ma perchè questo accada, occorre che le idee diano origine a volizioni. È certamente a volizioni noi vogliamo riferirci quando parliamo dell'uomo come di un essere socievole, d'impulsi alla convivenza, di esigenze sociali. L'uomo è animale socievole, non perchè pensa alla convivenza, ma perchè la desidera e la vuole. Ciò che chiamiamo esigenze sociali, non sono esigenze logiche; sono esigenze pratiche, le quali si determinano in base a dati bisogni sociali e per il raggiungimento di fini sociali. Siamo quindi nel regno dei fini: tutto ciò che è sociale è teleologico o tende a diventarlo, perciò si muove, non secondo un ordine causale, ma secondo un ordine di fini; non secondo un ordine teoretico, ma secondo un ordine pratico. È inesatto perciò parlare di un astratto ordine di ragione a proposito dei fatti della vita sociale, poichè

i fatti della vita sociale si riferiscono a un ordine di fini e perciò si subordinano alle leggi della volontà.

Ma se tutti i fatti della vita sociale sono di natura teleologica, ne deriva che anche il contenuto del diritto è di natura teleologica. Il passaggio dal contenuto alla forma del diritto non è allora un passaggio dal mondo dell'essere al mondo del dover essere, come poteva apparire sulle prime, ma è un passaggio che si compie nello stesso dominio del dover essere. Il problema si sposta, si tratta di vedere, non come si passa da un ordine di cause o da un puro ordine logico a un ordine di fini, ma come si possa determinare un ordine di fini, come in altri termini la volontà si possa imporre una legge. È nel dominio della volontà stessa che possiamo trovare la spiegazione.

§ 79. — Volendo studiare il problema sotto questo altro aspetto, cominciamo coll'osservare che la nostra coscienza non è soltanto un essere, ma è anche un divenire, un mondo che si va continuamente formando, e per cui in essa il presente è sempre figlio del passato e gravido dell'avvenire e verso l'avvenire essa tende in conseguenza della sua stessa costituzione e del suo modo di funzionamento. E appunto perchè si va formando e tende costantemente a un divenire, senza di che non potrebbe esistere quale coscienza, essa può imporre a se stessa dei fini e sentirsi verso di questi attratta e come ad essi subordinata per lo svolgimento della sua intima attività. Il fine è come la sua guida, come l'istrumento con cui ordina la sua interna attività; senza il fine le sua attività sarebbe disordinata, non potrebbe svolgersi in maniera coerente, si disperderebbe in mille direzioni. Questi fini sono elementi nuovi, in quanto appunto costituiscono una direttiva per l'ulteriore svolgimento dei processi psichici, ma sono pur sempre costruiti, diciamo così, con gli stessi elementi con i quali si formano gli altri processi. Quel che

in essi è nuovo, è il modo di combinazione, la sintesi di quegli elementi e il grado di energia, che assumono di fronte agli altri processi, per cui si produce, una specie di ripiegamento della coscienza su di sè stessa e per cui alcuni fatti spirituali diventano, in certo modo, i principî ordinatori e coordinatori degli altri fatti della coscienza.

Per vedere come il fatto possa prodursi nella collettività, osserviamo prima come si produce in una coscienza singola. Quando un bisogno si produce in una coscienza, avviene come una specie di rottura di equilibrio. Il bisogno è anzi una specie di rottura dell'equilibrio psichico. L'equilibrio non si può ristabilire se non con la soddisfazione del bisogno. Da qui una serie di sforzi, di tentativi, di ricerche rivolte in tutti i sensi al raggiungimento di quella soddisfazione, la quale allora si presenta come un punto di mira, verso il quale tutti i processi psichici tendono e da cui sono in certa guisa dominati e diretti. In uno stadio molto primitivo della coscienza, quando il bisogno ha il carattere dell'istinto, tali tentativi assumono forma d'impulsi irresistibili, che vogliono immediatamente attuarsi e perciò si rivelano con una serie di atti, più o meno proporzionati all'intento; ma in genere, tanto meno proporzionati, quanto più nuove sono le vie che le azioni devono percorrere per raggiungere quella soddisfazione. Invece, in uno stadio più evoluto della coscienza, l'impulso determinato dallo stimolo del bisogno non si traduce immediatamente in atto con tentativi o reazioni violente o inconsiderate. ma dà origine a tutta una serie di processi intermedi nell'interno della coscienza, durante i quali si maturano i fini dell'operare e la ricerca dei mezzi più adatti a raggiungerli.

Che cosa sono questi fini? Sono uno sviluppo ulteriore della tendenza già contenuta nel bisogno, sono la tendenza ingrandita divenuta cosciente a causa di una sin-

tesi tra processi rappresentativi e processi volitivi, per cui l'idea di un dato atto diventa idea desiderata e quindi voluta. Noi non possiamo renderci pieno conto del come questa sintesi produca, perchè le sintesi non si prestano ad una vera analisi. Tutte le descrizioni che noi possiamo farne, si riducono ad una constatazione del fenomeno, fatto con altre parole. Se noi, ad esempio, diciamo che il fine è un'idea intensificata da stati emotivi, in fondo non affermiamo altro se non che è un'idea che tende ad attuarsi per mezzo di un atto volitivo e l'istessa cosa affermiamo, dicendo che è un atto coscientemente desiderato. Quel che importa notare è che nel bisogno è già implicito il fine, che questo rappresenta una sintesi pienamente cosciente, e che, come tale, diventa centro di convergenza e d'irradiazione di altri processi psichici.

Da qui un insieme di azioni e di reazioni tra fine e bisogno; se questo stimolo alla formazione del fine, il fine, alla sua volta, alimenta, sviluppa il bisogno. Da qui ancora il rapporto tra il fine e l'atto, col quale si chiude questo processo interno. Se l'atto produce la piena soddisfazione del bisogno, il fine cessa di esistere, si spegne quale una lampada, cui è venuto meno l'alimento; tranne a risorgere, a riaccendersi sotto la spinta di un nuovo stimolo. Ma se l'atto non produce una piena soddisfazione del bisogno, onde rimane ancora un residuo non soddisfatto nella coscienza, il fine, alla sua volta, non cessa di esistere, ma rimane di esso una parte, che continua a dirigere e a muovere la volontà.

A questo punto dobbiamo tener conto di una distinzione fra i bisogni fisici e i bisogni di carattere spirituale. I bisogni fisici, che si riferiscono alle funzioni organiche del nostro corpo, sono in genere intermittenti; essi cessano tosto che sono soddisfatti, per rinascere poi dopo un certo periodo di tempo. I bisogni che invece si riferiscono alle funzioni, le attività del nostro

spirito, sono continue, come continua è appunto l'attività della coscienza. In essi la tendenza assume carattere permanente, rinasce di continuo in forme nuove e alimenta fini duraturi, sempre più vivi, più ricchi, più intensi. L'atto rispetto a tali bisogni non costituisce mai una soddisfazione completa, ma solo una soddisfazione parziale, imperfetta, inadeguata, che in luogo di distruggere il fine, forma per esso un nuovo incentivo. Il fine, in altri termini, acquista il carattere di credenza, di ideale, che è un fine costantemente desiderato.

L'ideale è una sintesi rinnovantesi fra idee e volizioni, che risulta da certe forme della coscienza, dalla struttura propria della nostra psiche in armonia con certe esigenze durature della vita dello spirito e con le sue fondamentali condizioni di adattamento. Gl'ideali non sono perciò un semplice prodotto dell'esperienza, delle condizioni della vita, perchè essi vogliono trascendere l'esperienza per dominarla; ma sono anzi tutto formazioni dello spirito, alle quali l'esperienza fornisce la spinta e i mezzi per un'attuazione possibile, in un tempo determinato. E quali formazioni dello spirito esse appariscono con quei caratteri di universalità e di necessità, che soltanto lo spirito può determinare.

Queste caratteristiche assumono un rilievo speciale in quelle forme d'idealità che abbracciano tutta la condotta e vanno col nome d'idealità etiche. Esse, non solo si riferiscono a bisogni che si rinnovano di continuo e non si estinguono mai, ma investono, a così dire, tutta la coscienza e ne dominano in certo modo tutti gli altri processi, onde costituiscono come le formazioni più elevate della volonta, le sintesi più tenaci e più durature fra i processi psichici, perchè hanno le loro radici, non nei fenomeni transeundi, ma nella forma stessa della coscienza.

§ 80. — Il modo stesso come i fini in genere e gli ideali in ispecie si formano, vale a spiegarci in qual

modo essi acquistano autorità, per guisa da obbiettivarsi ed imporre la legge alla stessa coscienza, onde provengono.

Dobbiamo innanzi tutto notare una causa di ordine generale, attinente alla natura diversa dei processi psichici ed ai contrasti che, in conseguenza, si determinano fra di essi. Si può infatti notare che i processi psichici, quantunque si concatenino, s'intreccino e si combinino fra di loro, per guisa da presentare come un tutto comune e inscindibile, pure assumono caratteri assai diversi gli uni di fronte agli altri, anzi è da questa differenza di caratteri che è costituita la vita della coscienza. Così, possiamo osservare che, mentre i processi rappresentativi ed emotivi sono in uno stato di oscillazione subbiettiva; i processi del volere tendono invece a fissarsi e ad obbiettivarsi. Ciò è dato dalla natura stessa di quei processi, poichè, i primi sono un riflesso del passato o del presente; i secondi mirano e un divenire; i primi rappresentano l'equilibrio attuale della coscienza: i secondi tendono ad una nuova forma di equilibrio, sono anzi il mezzo con cui essa si raggiunge. Se queste differenze non appariscono chiaramente, ciò deriva dal fatto che non abbiamo nella coscienza processi rappresentativi o emozionali allo stato puro, staccati da ogni e qualunque volizione; e perchè inoltre i processi emotivi già sono volizioni in embrione, sono, in certo modo, gli accumulatori di energia a vantaggio del volere.

Se osserviamo il modo come si determinano i fini dell'operare, possiamo vedere che la volontà, è per sua natura, tendenza che si attua, la quale a misura che più si attua, pone a sè stessa la legge della sua attuazione, prima in conseguenza del suo stesso attuarsi, poi, in uno stadio più evoluto, con le sintesi fra volizioni ed idee. Infatti, il processo volitivo implica, psicologicamente, una maggiore vivacità e concentrazione

di energia psichica, come fisiologicamente suppone una maggiore concentrazione e coordinazione di forza nervosa, e mentre a causa di quella energia che si rivela anche nei fatti dello spirito, tende a conservarsi: a causa della maggiore energia, che richiede e racchiude, può resistere più tenacemente agli elementi perturbatori, che tenderebbero a mutarlo. Ciò tanto maggiormente accade allorchè il processo volitivo ha dato origine ad atti complessi, a deliberazioni che involgono tutta una linea e tutto un sistema di condotta, poichè allora la quantità di energia psichica occorsa è considerevole, si è andata accumulando per un tempo più o meno lungo ed ha generato formazioni e coordinazioni, che si sono organizzate e consolidate nella coscienza, onde non possono essere facilmente scosse dall'azione passeggiera di un'idea, di un sentimento o di un bisogno.

È così che il volere, il quale per sua natura implica una specie di ripiegamento della coscienza su di sè stessa, perviene a determinare formazioni obbiettivate e autorevoli, che impongono una legge alla coscienza e alla stessa volontà. Così, un fiume, per servirci di un rozzo paragone, scava il letto, che dopo servirà a dirigere il suo corso. Se noi infatti ci domandiamo da che cosa risulta, in fondo, l'autorità, dobbiamo riconoscere che essa è la conseguenza di una certa somma di energia psichica, la quale, sotto forma d'idee, di sentimenti e di volizioni, ha determinato come un centro di predilezione e di convergenza verso certi prodotti della nostra stessa coscienza. Il fine diventa autorevole e in pari tempo si obbiettiva, perchè, prodotto dagli sforzi determinati dal bisogno, dai desideri, che ne accompagnano il conseguimento, si costituisce quale un centro di riferimento di una data quantità di processi psichici. L'autorità e il grado di obbiettivazione del fine sono in tal caso correlativi e si rinforzano a vicenda, perchè,

a misura che diventa autorevole, esso apparisce come qualche cosa di nuovo e di diverso dalle volizioni attuali rivolte al suo raggiungimento; ma a misura che apparisce diverso, viene anche percepito come superiore agli sforzi del momento e quindi maggiormente desiderato.

Questi processi naturalmente acquistano una maggiore entità allorchè non si tratta più di fini passeggeri in rapporto a bisogni che possono essere soddisfatti, o che rinascono solo ad intervalli; ma allorchè si tratta di ideali in rapporto a bisogni, che non possono mai venire interamente soddisfatti, o almeno che non possono venir soddisfatti in modo permanente a causa della progressione continua dello spirito ed hanno perciò carattere duraturo. In questi casi dobbiamo avere necessariamente un grado ben più marcato di obbiettività e di autorità nel fine. Esso diventa centro di riferimento di un numero infinito di volizioni e si presenta come qualche cosa di non mai completamente raggiungibile, che si pone non pertanto di fronte alla coscienza e vuole essere in qualche modo raggiunto. La sua autorità cresce in certa guisa ad ogni sforzo, come ad ogni sforzo si accentua il suo grado di obbiettività.

Finalmente, queste caratteristiche assumono il loro massimo grado di sviluppo con le idealità etiche. Esse presentano un massimo di autorevolezza, e d'impellenza, e quindi un più alto grado di obbiettività e una vera forza d'impero. Esse diventano le vere legislatrici della condotta e appariscono doppiamente necessarie. Necessarie, perchè devono venir poste in quel dato modo, e necessarie, perchè devono venir obbedite, senza che la coscienza possa modificarle. Dèvono venir poste a quel modo, perchè i bisogni che le determinano hanno una risonanza in tutti i fatti dello spirito e spingono a quella data coordinazione e subordinazione di processi psichici, che non può essere mutata a capriccio, in quanto di-

pende dalla stessa forma della coscienza; e devono essere senz'altro obbedite, perchè ogni disobbedienza produce disarmonia, contrasto interno, rottura di equilibrio, quindi uno stato vivamente spiacevole, da cui la coscienza rifugge. La disubbedienza, in altri termini, provoca un rivolgimento, un disorientamento di stati psichici, per cui l'individuo sente venir meno la sua interna unità, come se la sua personalità si disorganizzasse. Si capisce allora come un massimo di predilezione possa manifestarsi a favore di questi ideali e come questi possano acquistare un massimo di autorità e di forza imperativa.

Bibliografia. — Ardigò, *Morale dei positivisti, Sociologia;* Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto;* Brugi, *Enciclopedia giuridica*; Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*; Id., *Il concetto del diritto*; Korkounow, *Cours de théorie générale du droit;* Aguillera, *L'idée du droit en Allemagne*; Fouilée *L'idée moderne du droit.*

CAPITOLO II

Le idealità sociali.

Sommario. — 81. Formazione delle idealità collettive. — 82. Azione della società sui prodotti del volere. — 83-84. Caratteristiche proprie delle idealità collettive.

§ 81. — Questo è ciò che si produce adunque nella coscienza dell'individuo sotto lo stimolo del bisogno, inteso questo nel senso più generico. Ma l'individuo umano non è isolato, esso vive nella società, anzi è in gran parte un prodotto di essa; onde il processo che abbiamo fin qui descritto, può valere come un processo astratto, isolato per ragioni d'analisi; nel fatto esso si svolge sotto l'azione delle altre coscienze, negli attriti

con esse. E il fenomeno nella realtà è assai più complicato di quello che apparisce dall'analisi precedente, perchè non si tratta dei bisogni di un solo, ma di quelli di un numero infinito d'individui; non dei processi psichici, che si svolgono isolatamente nell'ambito di una singola coscienza, ma dei processi psichici di tante coscienze in rapporto fra di loro, i quali, ora si mostrano in armonia, ora in contrasto; ed, agendo e reagendo gli uni sugli altri, danno origine a una quantità di formazioni spirituali, che si sottraggono all'azione dei singoli.

Anche a tal riguardo possiamo peraltro osservare che i bisogni agiscono quali stimoli, che in uno stadio poco evoluto della collettività, danno origine alle esplosioni violente, irrefrenabili e cieche dell'intero aggregato. Mentre, a misura che la collettività si evolve, le comuni maniere di pensare, di sentire e di operare, non solo si sviluppano con processi più complicati; ma si concentrano in formazioni collettive fisse, alle quali, più o meno, tutti gl'individui, presenti e passati, apportano il loro contributo; e dalle quali, alla loro volta, tutti subiscono l'influenza. Di guisa che esse, pur essendo in fondo il prodotto delle coscienze singole, si distaccano da queste e s'impongono quali fatti obbiettivati, autonomi, superiori alla coscienza di ciascuno. La quantità di energia che si accumula a loro favore è in genere proporzionale alla qualità ed intensità dei bisogni, onde le singole coscienze sono stimulate e alla quantità di sforzi, di ripetizioni, che hanno concorso a determinarle. Quando i bisogni che inducono a costituire sono vivaci e di carattere permanente, l'energia psichica, che essi mettono in moto, dovrà inevitabilmente crescere, non solo per il fatto che tali stimoli si ripetono ed operano in tutte le coscienze, ma anche a causa della costanza delle azioni degl'individui gli uni sugli altri. È così che hanno origine a poco a poco quelle formazioni di ordine superiore, di carattere ideale ed emotivo, che legano e

si subordinano le singole coscienze, raccogliendo una somma considerevole di energia psichica, che va continuamente crescendo.

Arrivata a questo stadio, la formazione psichica col lettiva è una credenza comune, che si accetta senza discussioni che la rinforzano, imponendosi alle singole co scienze quale un dover essere, quale un principio che deve senz'altro dirigire la condotta di tutti. Si verifica in proporzioni ingrandite quello che accade nella coscienza dei singoli, quando uno stimolo induce a porre un fine cosciente alla propria azione e ad agire per il raggiungimento di esso. Anche nella collettività il *dover essere* scaturisce dalla natura stessa del volere, da una sintesi fra volontà ed idea, ma socializzandosi, acquista un carattere più obbiettivo ed autorevole. Perciò non dobbiamo credere con i positivisti che le idealità sociali siano in tutto un prodotto della convivenza. Esse sono pur sempre il prodotto di coscienze singole. La società non crea se non in quanto provoca una rielaborazione o una intensificazione di processi nelle coscienze singole. Onde la formazione d'idealità collettive presuppone, in primo luogo, una fondamentale identità di coscienze e quindi una fondamentale identità di processi psichici; e in secondo luogo, l'esistenza di volontà capaci d'imporsi una propria legge, o, il che vale lo stesso, di volontà che si muovono secondo la legge dei fini. Del resto non è possibile di concepire una volontà che si muova in maniera diversa. La volontà collettiva costruisce su questi elementi, intensificandone e accomunandone sempre più l'azione stimolandone alla formazione di sintes muove.

§ 82. — Dopo ciò possiamo renderci conto dell'azione di queste formazioni collettive sulla coscienza singola. Sotto l'azione di questa nuova causa osserviamo infatti che i contrasti fra i processi psichici, che si determinano nella coscienza singola, diventano più vivaci e più

profondi. Così, quando un'idea, un sentimento, si diffondono fra un certo numero di persone e vengono da esse egualmente divisi, solo per questo fatto acquistano maggiore autorità e meglio si consolidano nella coscienza di ciascuno. Essi non appariscono più quale il prodotto accidentale di un solo o l'effetto dell'arbitrio o del capriccio, ma si presentano come qualcosa d'indipendente, di necessario, che deve essere accettato a quel modo.

La cosa diventa ancor più manifesta allorchè si tratta di processi del volere. Per quanto questi tendano ad obbiettivarsi di fronte agli altri processi, pure rimangono sempre con essi intimamente legati finchè restano nell'ambito di una sola coscienza. Ma tosto che si estrinsecano di fronte ad altri individui o in connessione con essi si trasformano in un prodotto obbiettivato, staccandosi in certo modo, da tutti gli elementi che hanno contribuito a determinarli e contrapponendosi ad essi come qualche cosa di distinto. Allora tale prodotto viene in certo modo investito da una quantità di elementi esterni, sociali, che mentre lo rinforzano, ne accrescono anche l'autorità. Questi elementi consistono nelle opinioni della collettività, nei giudizi di approvazione o riprovazione, ecc. Onde l'individuo si sente maggiormente legato alle determinazioni della propria volontà. Alla legge interna si congiunge una legge esterna, che la fortifica o in qualche modo la trasforma. Così un individuo che ha dichiarato di voler seguire una data linea di condotta, si sente ad essa *legato* di fronte al pubblico, non è più libero di fronte agli altri, come quando non aveva ancor fatto una tale dichiarazione. E non solo di fronte agli altri si trova legato, ma anche sente più vivo l'obbligo di fronte a sè stesso.

Si capisce che il grado di obbiettivazione e quindi l'autorità dell'atto diventano ancor più accentuati quanto più l'atto si socializza, quanto cioè maggiore è il numero degli elementi sociali, con cui verrà a trovarsi

in connessione. Così, una linea di condotta, semplicemente *dichiarata,* non ha, di fronte alla propria coscienza, il medesimo grado di autorità di una linea di condotta *promessa;* ma l'autorità cresce ancora più allorchè l'individuo è riuscito a congiungere gli sforzi di parecchi per il raggiungimento di uno scopo comune, e questo è costato a molti, lotte e sacrifizi di ogni genere.

Ma col socializzarsi dell'atto, un elemento nuovo si determina ed acquista rilievo, un elemento che non può apparire nell'individuo isolatamente preso, ed è il *momento esteriore* della condotta. Esso è determinato dalla reciproca influenza degl'individui e dalle necessità di coesistenza e di cooperazione, le quali impongono certe comuni maniere di agire e di comportarsi. Non si tratta più di una volontà singola, che dà legge a sè stessa; ma di molte volontà, che sono costrette ad accettare una legge comune. Il fine dell'operare così, come viene a porsi nella collettività, può allora trovarsi in contrasto con le intime aspirazioni della coscienza singola, ma deve non pertanto essere accettato quale risulta dalle azioni e reazioni delle coscienze, quale si è elaborato e obbiettivato in un dato momento storico. Esso non può essere universale, perchè non può essere in armonia completa con le coscienze; ma non pertanto si presenta come necessario in quel dato momento. È anch'esso un prodotto della legge della volontà, ma della volontà come si attua nel tempo, come può attuarsi nelle condizioni della vita sociale.

§ 83–84. — Da qui le caratteristiche proprie della idealità collettiva e l'impronta che vi assume l'elemento formale. Essa è una formazione obbiettiva astratta, provocata da esigenze comuni e dall'incontro delle coscienze sopra certi determinati punti. E non può abbracciare perciò tutta la ricca varietà delle singole coscienze in tutta la loro realtà, ma l'abbraccia solo da alcune parti, sotto alcuni aspetti, rispetto a quei punti, nei quali si

è prodotta, diciamo così, la fusione delle coscienze, si è determinata la sintesi fra le aspirazioni. Prodotto medio, non può riflettere nella sua integrità alcuna coscienza, ma trova in tutte le coscienze un addentellato e un riflesso, perchè elaborazione comune, in cui ciascuno apporta il suo contributo diretto ed indiretto e subisce più o meno la sua azione plasmatrice; ma quest'azione si esercita a preferenza dallo esterno all'interno e perciò tende a determinare sopra tutto una conformità di atti.

Ciò non toglie che la sua efficacia possa essere grandissima, a causa della risonanza che trova nelle coscienze, negli stimoli, che vi determina, nella relativa uniformità di condizioni che provoca nell'ambiente, in cui quelle devono muoversi. Ma questa efficacia è, in genere, proporzionale alla qualità delle esigenze, che ne hanno provocato la formazione, al modo come si obbiettiva, si fissa e si precisa. Si comprende subito che le idealità che si riferiscono alle condizioni fondamentali della vita in comune, ai bisogni di carattere permanente, acquistano un maggior grado di efficacia e di autorità, perchè rispetto ad esse le singole coscienze meglio si corrispondono e si accomunano, e maggiori sono quindi le risonanze che tali idealità possono ritrovare in queste.

Così parimenti la loro efficacia è proporzionale al modo di obbiettivazione, poichè quanto maggiore è il numero di atti che provocano e più numerose e complesse le condizioni di fatto, nelle quali s'incorporano, tanto maggiore è la quantità di forza sociale, che esse in certo modo raccolgono a proprio favore. E questo vale, non solo ad accrescere la loro efficacia, ma ad aumentare anche il loro credito di fronte alle singole coscienze ed a provocare nuove aspirazioni e nuove sintesi, che alla loro volta, ne rinsaldano maggiormente e ne accrescono l'influenza. Ad esempio, un ideale umanitario, acquista efficacia in proporzione del numero e

della qualità degl'individui, che vi aderiscono, del numero delle organizzazioni sociali, che sotto forma di associazioni, istituti, ecc., si costituiscono per attuarlo o per difenderlo, dei capitali che s'impiegano, dell'attività della propaganda, che si mette in opera per diffonderlo, e così di seguito.

Finalmente, è indubitato che l'efficacia dell'ideale è proporzionato al modo come tende a fissarsi e a precisarsi nelle coscienze dei singoli. Un ideale che rimane vaga aspirazione, capace di ricevere le formule più diverse e anche contraddittorie, ha certamente meno efficacia di un ideale che può, in parte almeno, ridursi in formule precise, che può in parte fissarsi con dati precetti e quindi essere, almeno in parte, inculcato con l'educazione, con l'esempio, e con un insieme di sanzioni sociali.

Le idealità sociali non sono per loro natura formazioni stabili; prodotto delle coscienze in armonia più o meno con le esigenze della vita, essi non possono non riflettere le trasformazioni che si operano nelle coscienze e nelle condizioni di fatto. Ma oltre a ciò, esse, quali formazioni astratte e medie, sono necessariamente in uno stato di continua oscillazione, perchè esposte a tutte le influenze che modificano quella specie di equilibrio determinatosi fra le coscienze in un dato momento storico. Ciò non toglie per altro che alcune di esse o alcune parti di esse abbiano un carattere di massima stabilità in quanto rispondano ad esigenze durature e sono il prodotto di sintesi psichiche di carattere permanente, perchè derivanti, non da processi transitori, ma da vere forme di coscienza. Inoltre, può avvenire che in certe società o in certi periodi storici, certi ideali s'intensifichino e possono restare immutati, non solo per anni, ma anche per secoli ed assumere il carattere di credenze sacrosante, assolute ed indiscutibili. E ciò sia per il rilievo che acquistano le esigenze alle quali si rife-

riscono, sia per il massimo di convergenza determinatasi fra le coscienze rispetto a quei dati punti. Allora le idealità sociali acquistano il grado più elevato di efficienza regolatrice.

Comunque sia, è da queste idealità che provengono le norme della condotta sociale, a qualunque categoria esse appartengono. E in esse e per esse che si elabora il passaggio dal contenuto alla forma e quindi si costituisce l'elemento formale proprio di ciascuna, il quale è naturalmente in rapporto al grado di obbiettività, di stabilità, di autorità, che conseguono gl'ideali onde esse scaturiscono.

CAPITOLO III

Le idealità giuridiche.

§ 85. — Le idealità giuridiche sono quelle categorie d'idealità sociali, onde scaturisce il diritto, sia direttamente, operando sulle persone che lo formulano o contribuiscono a formarlo; sia indirettamente; operando sulle persone che lo attuano e l'osservano. Esse si differenziano dalle altre idealità di ordine spirituale, come dagli altri fini molteplici della condotta degl'individui nella connivenza. E se ne differenziano, sia per la loro, diciamo così, interna struttura, sia per i modi e per i mezzi, con i quali si traducono in atto; il non avere ben notato tali distinzioni è stata causa di confusione e di malintesi, che si sono poi riverberati sul modo

stesso di concepire il diritto e i caratteri specifici della sua natura e delle sue funzioni.

Esaminandole nella loro intima struttura, diciamo subito che esse non sono una formazione semplice, dovuta all'azione di un solo elemento, ma sono formazioni complesse, alle quali diversi elementi concorrono, combinandosi indifferenti maniere. Al pari delle altre idealità, esse costituiscono una realtà di ordine superiore, una realtà desiderata e che perciò vuole attuarsi, e in tal senso sono appunto idealità e reagiscono sulla realtà presente e la inducono a modificarsi; ma in pari tempo esse sono della stessa natura del diritto praticato. Se non fossero della sua stessa natura, non potrebbero agire sul diritto e modificarlo, sarebbero astrazioni campate in aria, senza nessuno addentellato con la realtà e perciò inutile zavorra nella vita del diritto. Ma, se sono della stessa natura del diritto, devono presentare quei medesimi elementi che nel diritto si riscontrano; solo che questi elementi vi si presentano in forma più elevata e preludono a condizioni più progredite di adattamento.

Tali elementi possono distinguersi in quattro categorie. La prima è costituita da quegli elementi che possiamo chiamare *elementi di giustizia* o *principio di giustizia*. Le idealità giuridiche si presentano innanzi tutto come idealità di giustizia e perciò vogliono un diritto che maggiormente s'inspiri ai criterii del giusto. La seconda è costituita da una quantità di *elementi emotivi* i quali in vario senso inducono alla cooperazione, alla solidarietà, all'assistenza o all'affermazione della propria personalità e al riconoscimento della personalità altrui. Queste due categorie costituiscono gli elementi etici del diritto. Accanto a questi abbiamo due altri elementi affini che sono l'*utilità* e l'*opportunità*; ma intesi nel senso etico, non nel senso economico, come s'intendono comunemente, perchè il diritto, non può prenderli dal

loro punto di vista egoistico, ma dal punto degli effetti benefici che possono produrre per il conseguimento dei fini sociali.

Ora, questi elementi concorrono tutti, quantunque in proporzioni diverse, nei vari tempi e luoghi, a costituire le idealità giuridiche e quindi il diritto. La condotta non è coattivamente disciplinata nelle convivenze in base a un nudo principio di giustizia, o ad un nudo principio economico, poichè nell'uomo reale operano una quantità di elementi che s'influenzano reciprocamente e che il diritto può utilizzare dai lati, che sono più in armonia con la sua natura, con le sue funzioni, con i suoi scopi. Ciò non vedono coloro che confondono il diritto con la morale, o con l'economia o addirittura con la politica.

§ 86. — Il diritto ha innanzitutto un fondamento etico, poichè le sue norme sono sempre, più o meno, ispirate ad un principio di giustizia. Negare questo, è negare uno dei fatti più patenti della coscienza individuale e della coscienza sociale. Così, tutte le volte che s'invoca una riforma giuridica, si fa appello ai principi di giustizia e si protesta contro le leggi ingiuste, e si dice che il legislatore compie opera di giustizia, allorchè accontenta certe legittime aspirazioni; che il giudice amministra la giustizia, ecc. Tutte queste non sono semplici frasi, ma sono rivelazioni di un bisogno profondo della nostra coscienza, che si attua, come può nelle contingenze della vita sociale. Le condizioni di esistenza sociale non potrebbero mai assumere un aspetto stabile, qualora le norme, che le regolano ad esso non s'ispirassero, almeno in molta parte. E che del resto l'esigenza della giustizia sia un elemento fondamentale del diritto, lo mostra il semplice fatto che nessun governo, nessun partito, osa di farsi apertamente paladino della ingiustizia, anche quando nel fatto opera in maniera ingiusta.

§ 87. — Ma, se la giustizia è il principio informatore e come l'anima del diritto, non ne è il solo elemento costitutivo. Il diritto suppone un conflitto d'interessi e scaturisce in un certo senso da questo conflitto quale principio regolatore, quale norma di conciliazione e di coordinamento degl'interessi antagonistici, per conseguire i suoi fini. Gl'interessi economici non sono le sole molle dell'agire umano, ma contano, certo fra le molle più potenti; onde da essi scaturiscono una quantità di rapporti, di aggruppamenti di persone, di contrasti e di armonie fra gl'individui aggregati. Essi determinano condizioni di fatto, esigenze che vogliono essere soddisfatte in un dato modo e suggeriscono anche il modo come possono essere soddisfatte premendo, ora, sulla pubblica opinione, ora, in ispecie, sull'animo del legislatore o sulla coscienza del giudice, ora, invece, sulla mente del giurista. La giustizia deve, fino ad un certo punto, adattarsi a questo contenuto, ma nel senso d'imprimere ad esso una forma di ordinamento, che valga a comprimere i suoi elementi dissolventi e a promuovere gli elementi favorevoli alla solidarietà sociale.

Quindi il diritto non può mai essere un semplice riflesso dell'utilità nel senso economico, come sostengono alcune teorie. Il semplice criterio economico non spiega una quantità di norme e d'istituti ispirati a scopi puramente altruistici, che trascendono il tempo e lo spazio e mirano all'universale; nè spiega in che modo dal conflitto degl'interessi, che è sempre qualcosa di transitorio e di arbitrario, possa scaturire la norma che lo regola in modo fisso e indipendente dagli arbitri. Gli elementi non utilitari si affermano principalmente nelle idealità giuridiche e nei momenti d'entusiasmo e di slancio nella coscienza collettiva, quando i moventi egoistici vengono maggiormente sopraffatti o la realtà non è ancora pervenuta a moderare e ad

infrenare le aspirazioni più nobili dell'animo. Nelle idealità giuridiche anzi l'elemento utilitario è alle volte tanto sopraffatto dalle aspirazioni verso l'universale, da condurre poi ad un diritto in contrasto con le effettive esigenze della vita.

§ 88. — Ma, oltre a ciò, il diritto non può trascurare certe condizioni di luogo, di tempo, di sviluppo sociale, che in vario senso reagiscono sugli altri elementi e li riducono o li modificano. Il diritto è costretto a tener conto della realtà tutta intera e non di una parte di essa. E nella realtà vi sono condizioni che si trovano in contrasto, non solo col principio di giustizia, ma anche col criterio astratto di utilità. Infatti, non è sempre possibile ottenere quel che si desidera, di raggiungere quello stato di perfezionamento, di felicità e di benessere costruito con la fantasia sotto l'impulso dei nostri bisogni; ma ci dobbiamo contentare del bene e dell'utile possibile, di quello che si può conseguire in condizioni determinate. Sforzare tali condizioni o prescinderne, non è soltanto impresa inutile, ma spesso anche dannosa, poichè allora si perturba anzi che regolare lo sviluppo spontaneo dell'umana attività. Questo vale sopra tutto per il diritto, a causa del suo carattere coattivo. Il diritto non è mai quale potrebbe essere in una società ideale, ma è o tende ad essere quale può esistere in una data società, come attualmente esiste, come si è venuta costituendo in forza del suo passato, del suo processo storico. La vita di un popolo è continuità di sviluppo e non insieme di salti improvvisi. E la continuità di sviluppo richiede che i vecchi istituti giuridici vengano gradatamente sostituiti dai nuovi. Le epoche intermedie richiedono i loro istituti intermedi, i quali dal punto di vista del materialismo utilitario, possono sembrar strani e inadeguati, ma sono necessari, se non per il presente, almeno per l'avvenire, sono necessari quali elementi indispensabili di

transizione. Esse sono là per morire e per preparare il terreno ad una nuova epoca e ad un nuovo stadio di sviluppo (1).

Le idealità giuridiche non possono non riflettere queste condizioni di fatto, queste esigenze dell'opportunità; la loro efficacia pratica anzi per molta parte dipende dal modo come le riflettono. È per questo che esse si differenziano dall'utopia. Esse sono aspirazioni verso un ordinamento che sia il meglio possibile in quelle date condizioni di tempo, di luogo e di sviluppo; mentre l'utopia è concezione fantastica, che da quelle condizioni prescinde, è idealità dottrinaria, assoluta, cui manca un debito apprezzamento del reale; quantunque peraltro la realtà s'infiltri nelle stesse concezioni utopistiche.

Non si può pertanto negare che nelle idealità l'elemento opportunistico si attenua e si riduce a causa del carattere semplice e assoluto che la realtà tende ad assumere nel dominio delle idee. È appunto per questo carattere sopra tutto che gl'ideali acquistano un massimo d'impulsività.

§ 89. — Finalmente animano il diritto alcuni elementi emotivi, che acquistano nelle idealità giuridiche una speciale intensificazione. Essi non possono venir trascurati, perchè costituiscono le vere molle della condotta umana. Se sono le idee, che guidano il mondo, sono i sentimenti che animano e muovono le idee. Le semplici idee sono fredde espressioni di concetti e senza l'azione dei sentimenti, non parlano al cuore e non posseggono nessuna efficienza, nè direttrice, nè motrice della nostra condotta. I sentimenti sono le forze che conducono alla volizione, perchè sono già volizioni allo stato di embrione, che tengono a svilupparsi in volizioni complete e perciò segnano in certo modo il pas-

(1) Kohler, *Recht, Glanbe und Sitte* in *Grünhuts*, *Zeitschrift*, vol. 19, 1892, pag. 594.

saggio dall'idea al volere e provocano quelle sintesi tra idea e volontà, onde risultano gl'ideali.

I sentimenti sono sottintesi negli elementi finora esaminati: nè la nuda idea del giusto, nè il nudo criterio dell'utile e dell'opportuno sarebbero capaci di generare il diritto, senza l'azione di sentimenti corrispettivi, che li riscaldano, diciamo così, li trasformano in credenze, in sintesi ideo-emotive, capaci di muovere gli animi. La natura veramente pratica, motrice, direttrice delle idee proviene dai sentimenti; esse sono volute in quanto sono desiderate. Ma a prescindere dai sentimenti che accompagnano sempre gli elementi finora esaminati, operano sempre nel diritto una quantità di stati emotivi specifici, che non possono essere compresi nelle categorie precedenti e pure esercitano un'azione notevole, quali i sentimenti religiosi, i sentimenti di compassione, anche i sentimenti estetici, e così via discorrendo.

È per opera di queste forze psichiche, in varia guisa operanti, che il diritto si è in diverso modo foggiato in questo o in quel paese; è per opera di esse, che in gran parte si conserva in quella data maniera; è, in fine, per opera di esse, che si creano le aspirazioni verso un nuovo diritto e quindi la formazione di nuove idealità, in contrasto col diritto esistente, e le nuove sintesi psichiche si elaborano nella coscienza dei pochi e possono trovare la loro risonanza nella coscienza di molti, e diffondersi poi nella coscienza di tutti.

Procederemo ora ad un'analisi specifica di ciascuna di queste categorie di elementi e così potremo renderci meglio conto del carattere complesso delle formazioni spirituali, onde poi il diritto risulta, per cui è impossibile ridurlo ad una forma semplice dell'attività.

CAPITOLO IV

Il principio di giustizia.

Sommario. — 90. La giustizia come idea. — 91. Come sentimento. — 92. Come sintesi di entrambi gli elementi.

§ 90. — Primi, per importanza, sono gli elementi che costituiscono ciò che con espressione sintetica chiamiamo: *Principio di giustizia.* Il diritto apparisce infatti quale un'attuazione, quantunque incompleta, del giusto e tende ad esserne un'attuazione più completa. Onde la preminenza che ha il principio di giustizia nelle idealità giuridiche.

Il principio di giustizia risulta costituito dall'idea e dal sentimento del giusto, che in varia guisa si combinano e si rinforzano. Quale idea, la giustizia è coerenza logica, è principio d'identità applicato ai rapporti umani, è concezione di eguaglianza di atti e di rapporti, sia di eguaglianza semplice, sia di eguaglianza proporzionale. Essa afferma una parità di trattamento nella parità delle condizioni, poichè la mente non può concepire un trattamento diverso allorchè le condizioni sono eguali. Il vecchio simbolo, col quale presso tanti popoli la giustizia fu rappresentata, mostra all'evidenza il significato di questo concetto. La bilancia serve appunto a stabilire l'eguaglianza dei pesi. Per la sua semplicità, l'idea di giustizia è una di quelle che si presentano nei primi stadî dello sviluppo della coscienza, perchè basta la percezione dell'eguaglianza fra due termini acciò tale idea si affermi: ed è anche una delle idee più tenaci, perchè più intimamente connessa con la struttura della nostra mente; noi infatti non potremmo ragionare senza il criterio, a cui la giustizia

s'ispira. Se questa idea può sembrare diversa presso i diversi popoli, tanto da ispirare i diritti e le istituzioni più varie e anche più opposte; ciò è dipeso e dipende, non dal fatto che quell'idea sia stata e possa essere concepita in maniera diversa, ma perchè diverse furono e sono le condizioni di fatto e quindi anche le concezioni di esse. Ciò che ha variato e varia, è la concezione del rapporto, non l'idea di giustizia.

Se ad esempio, diverse condizioni di fatto fecero apparir giusta la schiavitù nell'antichità classica e la fanno apparire ingiusta ora; ciò non toglie che anche nella antichità classica, un diverso trattamento degli schiavi, quando eguali erano le condizioni, dovesse apparire ingiusto.

Il criterio di giustizia implica quindi una eguaglianza di trattamento, sia semplice, sia proporzionale. Semplice, quando i rapporti sono eguali; proporzionale alla natura del rapporto, quando i rapporti sono di carattere diverso. Esso perciò vuole sempre un certo equilibrio nelle persone e nei rapporti umani, ispirato al principio della coerenza logica, secondo cui le eguaglianze, devono essere prese come eguaglianze; ma sempre in base a un criterio medesimo, il quale, per mantenersi sempre eguale, deve essere anche egualmente proporzionale. In conseguenza, esso vuole anche il ristabilimento di tale equilibrio, allorchè questo è stato in qualche modo scosso dal volere arbitrario e dalle incoerenze degli uomini. Riappariscono qui i criterî che abbiamo indicato nel parlare del principio di eguaglianza della norma quale si è svolto storicamente; ed è naturale, poichè il principio di eguaglianza non è che un'applicazione del principio di giustizia.

Come idea, il principio di giustizia si presenta con una rigidità tutta sua caratteristica, la quale è del resto la rigidità del processo logico, onde viene determinato. E del processo logico esso veste i caratteri

dell'obbiettività e dell'universalità. La giustizia è obiettiva, perchè guarda alle cose e non alle persone, guarda innanzi tutto alla natura del rapporto e prescinde da quelle accidentalità di persone e di condizioni, che non influiscono, o si suppone non debbano influire sulla natura di esso. Come concetto, essa non prende dal rapporto che le caratteristiche essenziali, quelle sulle quali può fondarsi il criterio dell'eguaglianza e appunto per questo tende all'universalità, come vi tende ogni concetto.

§ 91. — Ma, il principio di giustizia non è soltanto idea, è anche sentimento, ed è sopra tutto quale sentimento che diventa attivo ed operativo nei rapporti umani e genera le aspirazioni, che muovono le coscienze.

In questo sentimento troviamo innanzi tutto la risonanza emotiva della stessa coerenza logica. La coerenza è minimo sforzo, è armonia, liberazione dai contrasti e produce, solo per questo, uno stato piacevole di sollievo nella coscienza; mentre, per le ragioni di ordine opposto, l'incoerenza produce uno stato sgradevole, di oppressione. Ma, oltre a questo stato emotivo di carattere generico, vi è quello di carattere specifico, che si rivela sotto il duplice aspetto di risentimento e di soddisfazione. Il risentimento si determina allorchè la giustizia è violata ed è la protesta della coscienza contro l'arbitrio, cui dà origine una disuguaglianza a danno degli uni e a vantaggio degli altri. Questo stato emotivo si concreta sotto forma di disapprovazione. La soddisfazione costituisce il polo opposto, il lato positivo del risentimento e consiste nel piacere che si prova nel vedere ristabilito l'equilibrio, l'ordine; e si concreta sotto la forma di approvazione. Questi due poli del sentimento di giustizia ispirano la pena e il premio: la pena contro colui che ha turbato quell'equilibrio; il premio a favore di colui, che ha contribuito a mantenerlo od a rista-

bilirlo. Peraltro, nel suo lato positivo, il sentimento di giustizia si arresta allo stadio di approvazione, però che il premio è qualcosa di estraneo all'atto giusto, non scaturisce dalla sua intima natura; mentre invece il risentimento conduce direttamente alla pena, che ne scaturisce come la conseguenza inevitabile, come qualche cosa intimamente collegato con essa. La giustizia è premio a se stessa; l'ingiustizia, col risentimento che provoca, conduce direttamente alla pena, che è il solo mezzo per ristabilire l'equilibrio turbato.

Questi sentimenti, combinandosi con l'idea di giustizia, ne assumono i caratteri, mentre comunicano ad essa il loro carattere impulsivo, la forza imperativa e coordinatrice che dispiegano sulla coscienza. E così, l'obiettività dell'idea, diventa imparzialità del sentimento di giustizia. Il sentimento del giusto è imparziale come quello dell'osservatore disinteressato. La imparzialità costituisce così il lato emotivo dell'obbiettività, ma non ne può assumere tutti i caratteri, appunto perchè sentimento e come tale, non può essere che subbiettivo. Onde una antitesi può determinarsi fra l'elemento intellettivo e l'elemento emotivo del principio di giustizia; antitesi che, secondo i casi, può formare la forza o la debolezza di quel principio.

Ma il sentimento di giustizia, al pari dell'idea, mira anch'esso all'universale; se non che, l'universalità, assumendo carattere emotivo, diventa tendenza, espansività verso l'universale. Quel sentimento, come in genere tutti i sentimenti morali, vuole espandersi, vuole abbracciare tutti i casi ed i rapporti simili, comprendere in una comune solidarietà tutto un mondo indefinito di esseri e perciò trova, o presuppone, o determina per tutto una risonanza di stati emotivi corrispondenti. Esso tende a varcare i limiti della personalità e vuole e crede che le altre coscienze e perfino le cose, sentano e vibrino all'unisono. Questa espansività

irradiante è promossa ed è alimentata dall'universalità dell'idea, ma spesso la domina e la dirige, magari la crea, facendo credere negli altri uno stato d'animo consimile, anche quando non esiste. Da qui un'altra antitesi fra l'idea e il sentimento di giustizia, ma un'antitesi feconda, poichè da essa può provenire, tanto la tragedia del martirio per la giustizia di una causa; quanto la potenza irradiatrice del contagio rigeneratore delle coscienze. Il martirio per un'idea accresce la forza del sentimento che l'accompagna e con ciò la sua potenza propagatrice, poichè in tutti i fenomeni di contagio sociale sono in genere i sentimenti che valgono a diffondere le idee, cioè a dire l'idea si propaga in proporzione degli elementi emotivi, che essa riesce a mettere in moto a proprio favore.

§ 92. — Nel principio di giustizia operano adunque e si combinano in varia guisa l'idea e il sentimento di giustizia, dando origine ad una sintesi, che naturalmente varia secondo il grado di sviluppo psichico e l'indole delle varie coscienze, poichè i due elementi non vi si comportano nel modo medesimo, nè vi operano col medesimo grado d'intensità.

Così, nelle coscienze poco evolute la giustizia si presenta più come sentimento che come idea. Certo il concetto di giustizia è assai semplice, poichè tutti possono comprendere una eguaglianza di termini, ma la difficoltà consiste nel determinare in che cosa siano essi eguali, perchè nella realtà i termini non si presentano mai con i soli caratteri simili od eguali.

Per scoprire i lati simili, occorre tutto un proceseo di dissociazione e di astrazione, di cui non sono capaci le menti poco evolute. Esse vedono in confuso, intuiscono, sentono più che non percepiscano; onde il sentimento trova allora le condizioni più propizie, non solo per dominare, ma anche per creare. La sua forza espansiva non riceve ostacolo dalla concezione obbiettiva di

limiti e di distinzioni e quindi può occupare tutta la coscienza e propagarsi liberamente. È questa la giustizia primitiva quella delle folle, degli uomini passionali, che non tollera distinzioni e discussioni, che si determina secondo le impressioni e perciò è sempre disposta a passare da un estremo all'altro.

Tutto l'opposto accade nelle coscienze pienamente evolute: l'idea di giustizia tende in esse a prevalere sul sentimento correlativo. Allora appariscono le distinzioni, le discussioni, le determinazioni obbiettive, apparisce la giustizia rigida e fredda, la giustizia dei giudici di professione, che esamina, vaglia, paragona, differenzia, parifica. La giustizia può diventare allora una specie di calcolo e il sentimento può assumere il massimo d'imparzialità, di cui è capace o restare completamente nell'ombra. Il simbolo della bilancia è piuttosto espressione dell'idea anzi che del sentimento di giustizia.

Possiamo così avere i due tipi estremi della giustizia fredda, come quella del poliziotto Javert nei *Miserabili* di V. Hugo, che vuole ad ogni costo la propria destituzione e si suicida, perchè, obbedendo agl' impulsi del suo cuore, è una volta venuto meno al proprio dovere; e una giustizia passionale, come quella che si rivela nell'applicazione della legge di Lynch. Non bisogna con ciò credere che il sentimento manchi del tutto nel primo caso, o che manchi del tutto l'idea, nel secondo, poichè ciò sarebbe inconcepibile; ma la sintesi varia per il diverso modo come si combinano i due elementi.

Anche nei due sessi possiamo notare la prevalenza di questi due poli del principio di giustizia. Negli uomini, in genere, tende a prevalere l'idea; mentre, in genere, nelle donne tende a prevalere il sentimento di giustizia. Ciò è una conseguenza della stessa struttura somatico-psichica dei due sessi, per cui, mentre negli

uni si sviluppano a preferenza le facoltà raziocinatrici, nelle altre diventa più viva e più ricca la vita emotiva. Anche in questo caso apparisce il compito della donna nell'umanità, che è quello sopra tutto di tener vivo il fuoco sacro dei sentimenti. Compito prezioso, che può diventare assai benefico allorchè la donna acquista piena coscienza della sua missione, anzi che disperdere infruttuosamente la sua energia in conati per una equiparazione impossibile con l'altro sesso.

Finalmente i due elementi possono acquistare una diversa prevalenza nelle diverse epoche storiche. Nelle epoche conservatrici e di ordinato sviluppo, quando non è molto viva la pressione dei nuovi bisogni, la giustizia apparisce più sotto forma d'idea; mentre nei movimenti di rivoluzione o di profondi cambiamenti nella vita sociale, è il sentimento di giustizia che acquista la prevalenza. Esso può anche assumere le forme più esagerate e a nome della giustizia indurre a commettere le più grandi ingiustizie. Onde in tali momenti può essere il caso di esclamare, mutando alquanto la nota frase di una illustre vittima della rivoluzione francese: « O giustizia, quanti delitti vengono commessi in tuo nome! » Ma allora il vero concetto di giustizia si perde, essa degenera in cieca reazione.

Ciò che si verifica nei grandi momenti storici in grandi proporzioni, si verifica poi in piccole proporzioni nelle vita di tutti i giorni. Poichè la storia, come la vita sociale, sono, in ultima analisi, vita di coscienze e le coscienze sono sempre successioni di stati, che non si rassomigliano; per cui le sintesi fra elementi rappresentativi ed elementi emotivi cambiano di continuo e le proporzioni non sono mai eguali. Così, in presenza di un delitto atroce si desta vivo il risentimento, che condurrebbe alla giustizia sommaria; mentre il tempo permette alla riflessione di prendere il sopravvento e con la riflessione risorge la possibilità di una giustizia obbiettiva proporzionata al fatto.

Ripetiamo che la prevalenza dell'uno dei due poli non esclude che il principio di giustizia sia sempre insieme idea e sentimento, altrimenti cesserebbe di essere un principio pratico obbiettivo e diventerebbe astrazione od arbitrio, secondo che si riducesse a nuda idea, a nudo sentimento.

CAPITOLO V

Il principio di utilità.

§ 93. — Che l'utile (preso nel senso etico e non nel senso economico) sia parte essenziale e uno dei fondamenti e delle ragioni di essere del diritto, non vi è dubbio e non occorre dimostrarlo. L' utile apparisce, più o meno, in tutti gli istituti e in tutte le forze che spingono alla formazione della norma e ne rendono possibile ed anche necessaria l'osservanza; ed è perciò stato innalzato a teoria non sì tosto si cominciò a filosofare sul diritto, divenendo la base di certe dottrine dei sofisti e della scuola epicurea. Sotto un certo aspetto si può dire che, mentre il principio di giustizia fornisce alle idealità giuridiche la forma, l'elemento dell'utile ne costituisce il contenuto. In tutti i casi ne è uno dei più importanti fattori. La difficoltà non consiste nel riconoscerne l'esistenza e l'importanza, ma nel precisarne la funzione. Poichè qui ci troviamo di fronte ad indirizzi diversi ed opposti: da una parte sono quelli che lo rilegano in seconda linea, dall' altra quelli che ne fanno il solo elemento costitutivo del diritto.

Per rendere la ricerca più chiara che sia possibile e per evitare gli equivoci, determiniamo prima di tutto che cosa vogliamo indicare con questo elemento.

Nel principio di utilità, come in tutte le formazioni psichiche troviamo stati emotivi e stati rappresentativi. I primi sono dati dai sentimenti di piacere che proviamo allorchè i nostri bisogni sono soddisfatti; i secondi, dalle idee, che si collegano alla soddisfazione di essi. Ma questa prima determinazione non è sufficiente, poichè vi sono bisogni che si riferiscono al nostro *io*, e bisogni che in certo modo lo trascendono, escono cioè dalla nostra individualità e possono anche condurre al sacrificio di essa. L'utilità nel suo significato genuino si riferisce ai bisogni della prima categoria, ed ha sempre per centro l'individuo per sè stesso preso e non come elemento dell'universale. Da ciò deriva che l'utilità ha sempre una base economica. Quando perde questo carattere cessa di essere vera utilità e diventa qualche altra cosa.

Se non che il riferimento alla propria persona può essere diretto o indiretto. In questo secondo caso abbiamo un egoismo attenuato, ma pur sempre una forma d'egoismo, in quanto l'individuo tende ad una conciliazione fra il vantaggio proprio e l'altrui, non vedendo altra via per favorire il proprio. Attraverso il bene degli altri l'individuo vede sempre il proprio bene, quando obbedisca a moventi utilitari. Onde dobbiamo conchiudere che l'utilità è sempre un riferimento all'interesse dell'individuo. Il concetto di interesse è innanzi tutto concetto utilitario, quantunque l'espressione sia stata estesa a fatti d'ordine assai diverso.

Questo è nel suo carattere genuino l'elemento dell'utile, quale possiamo ottenerlo con un processo d'astrazione; ma nella realtà esso si combina poi con altri elementi che in vario senso lo modificano. E di queste combinazioni si sono appunto servite le scuole utilitarie

quando hanno cercato nell'utile il solo principio regolatore della condotta. Il difetto di queste scuole consiste appunto nel presupposto che questi elementi possano scaturire dalla medesima sorgente, mentre hanno origine autonoma nella coscienza. La combinazione non significa confusione o assorbimento degli uni in seno degli altri, in pari tempo unità e distinzione, o pure anche conciliazioni o conflitti, ai quali seguono sintesi di carattere più elevato o di ordine più compressivo. Queste combinazioni variano naturalmente nelle diverse epoche storiche, ma danno origine a certe forme tipiche negli aggregati umani, che indicheremo col nome complessivo d'interessi.

§ 94. — Abbiamo innanzi tutto gli interessi economici, determinati dal bisogno del proprio sostentamento e della propria conservazione e indi dal bisogno di sviluppare la propria personalità ed estendere il proprio potere. Questi interessi si riferiscono ai bisogni più fondamentali e più impellenti della nostra natura. *I succhi gastrici governano il mondo*, aveva detto, con una frase caratteristica, un nostro poeta satirico del passato secolo (il Giusti); e la considerazione di tale categoria d'interessi ha acquistato tale importanza nelle società moderne, per il peculiare sviluppo che vi ha assunto il fatto economico, da provocare la formazione di una teoria, che pone l'elemento economico come l'elemento basilare e la chiave di volta di tutte le istituzioni sociali e politiche. È indubitato che tutte, più o meno, presuppongono il concorso di un elemento economico e questo può trovarsi in connessione diretta o indiretta con tutte le esigenze della vita sociale. Ma con ciò non si può affermare, come fa questa teoria, che tutti i fenomeni economici siano l'esponente dei fenomeni sociali, poichè questa teoria non ha fondamento scientifico, come dimostreremo in seguito. Se il fenomeno economico costituisce uno dei fenomeni

fondamentali della vita sociale, esso non è il solo, che sta alla base della società.

Così, accanto agl'interessi puramente economici, si producono altre forme d'interessi, nei quali l'elemento puramente economico è assente o si combina con altri elementi, che in vario senso lo modificano e lo trasformano. Abbiamo quindi interessi di famiglia, professionali, di classe, di partito, di campanile, di regione, dello Stato, della società internazionale, ecc., e quindi anche interessi di ordine ancor più elevato, nei quali l'elemento egoistico sparisce interamente e quello altruistico acquista il sopravvento decisivo. Sono tutte peraltro formazioni più o meno complesse, nelle quali diversi elementi si combinano, in differenti maniere, determinando l'impronta, che la vita sociale assume nelle diverse epoche storiche e nei diversi paesi.

L'elemento dell'utile è un elemento assai variabile, perchè elemento individuale e relativo alle diverse situazioni di fatto, onde abbiamo in ogni società tutta una scala d'interessi di vario genere, che s'intrecciano in vario senso, muovono e legano gli uomini e inducono alla congiunzione degli sforzi e alle forme di cooperazione e di solidarietà, tanto più numerose e complesse, quanto più la convivenza è sviluppata. Queste diverse categorie d' interessi, queste diverse forme di solidarietà, ora vivono le une accanto alle altre, senza urtarsi, ora si coordinano e si completano a vicenda, ora invece entrano in conflitti più o meno duraturi. La convivenza non è soltanto un insieme d'interessi in conflitto, come amano di presentarla alcuni, e neanco un insieme solidale di parti che armonizzano, come potrebbe credere chi si mette da un punto di vista puramente ottimistico. Essa è, in pari tempo, insieme di conflitti e di armonie. Accanto agli antagonismi e alle lotte, sono le solidarietà e le cooperazioni feconde. Se vi fossero da per tutto conflitti, una convivenza non

potrebbe sussistere; ma se fossero da per tutto armonie, mancherebbe, a così dire, la molla che promuove lo sviluppo, e la convivenza presenterebbe un grado di meccanica stabilità, che la farebbe assimigliare ad una società animale immobilizzate in un tipo fisso. Le idee e i sentimenti, che costantemente inducono a forme di adattamento sempre più elevate, discenderebbero alla condizione d'istinti immutabili, in una specie di adattamento definitivo.

Esistono dunque conflitti ed armonie, solo che in alcuni momenti, i conflitti assumono il sopravvento, e sono i momenti d'innovazioni feconde o di perturbamenti disastrosi, in altri momenti, acquistano il sopravvento le conciliazioni e le armonie, e sono i momenti di organico assetto sociale o di assoluta prevalenza del costume. Ciò, secondo il grado d'intensità e d'insanabilità degli attriti, o della possibilità e della durata degli accordi.

§ 95. — Comunque sia, l'esistenza dei conflitti, la possibilità o la necessità di una conciliazione, danno origine ad una nuova forma di utilità costituita dall'ordine sociale, che è appunto conciliazione d'interessi.

Limitare, regolare, conciliare i conflitti per rendere possibili le armonie e le solidarietà, o almeno per evitare le lotte, è compito di tutte le norme, quindi anche delle norme giuridiche. Ciascuna norma vi contribuisce a suo modo, ma la norma giuridica per il suo carattere eminente coattivo, più spiccatamente formale, vi concorre in maniera specifica e più decisiva. Si può anzi dire che il diritto sia per eccellenza la norma preventrice e regolatrice dei conflitti sociali; e in questo compito appunto risiede il suo carattere utilitario. Una doppia considerazione di utilità apparisce a tal riguardo: l'utilità della prevenzione o della conciliazione dei conflitti, che è l'utilità stessa dell'ordine; la necessaria valutazione dei singoli interessi in proporzione della rispettiva entità, che è appunto l' utilità delle singole

parti. Due forme di utilità che si completano e si presuppongono, poichè una conciliazione duratura non è possibile se non quando sia ottenuta col minor sacrificio delle singole parti e dei singoli interessi e riesca in pari tempo vantaggiosa per il maggior numero di questi.

Gl'interessi in conflitto adunque, se per un verso tendono a sopraffarsi vicendevolmente e a trionfare l'uno a scapito dell'altro; per un altro verso, tendono anche a conciliarsi, quando sentono di non poter lottare con vittoria decisiva. In questo senso si può dire che il diritto sorga dal conflitto degl' interessi. Ma come può scaturirne? Col concorso di due criterî. Uno è dato dalla stessa considerazione utilitaria. Ogni interesse mira al suo utile proprio, cioè al suo più completo soddisfacimento: ma questo non può ottenersi in uno stato di permanente conflitto. Onde la necessità di limiti e di sacrifizi, che valgono a circoscrivere il conflitto in vista di un'utilità più duratura, e la percezione di una regola quale forma superiore e comune di utilità. Ma questa regola non può essere data dagl'istessi interessi, perchè appunto implica sempre una qualche concessione o limitazione di ciascun interesse a favore degli altri; e perchè le conciliazionî, che da questi esclusivamente derivano, non potrebbero essere durature, come non sono duraturi i moventi utilitari, che le determinano. Occorre perciò un criterio superiore e diverso è questo è dato dal principio di giustizia, il quale appunto vuole che ogni interesse venga trattato pari degli altri, che si trovano nelle medesime condizioni, sia perciò regolato alla stregua di un criterio comune, obbiettivo e disinteressato. E in quest' altro senso non si può più dire che il diritto scaturisca dai conflitti, poichè si sovrappone ad essi per regolarli in materia duratura.

I due criterî operano di conserva ma non possono confondersi fra di loro. Operano di conserva, poichè

conducono, in fondo, al medesimo risultato, che è la determinazione e la conservazione dell'ordine; ma non possono confondersi, perchè vi conducono in maniera diversa e con diversi mezzi. La giustizia è un criterio rigido e inflessibile, che mira perciò a una conciliazione completa e duratura; l'utilità è invece un criterio mutevole, che mira soltanto ad una conciliazione interessata, quale cioè è resa possibile dalla energia di ciascun interesse e nella quale perciò ogni parte cerca di ricavare i maggiori benefizi, senza preoccuparsi dei vantaggi degli altri. La giustizia è un certo criterio che tende all'universale e perciò vede ogni interesse come parte di un tutto, nel quale soltanto ciascuno può trovare la sua ragione di essere; l'utilità mira al particolare e perciò vede ogni interesse come un centro di attività, cui gli altri devono più o meno subordinarsi.

I due criterî, adunque, non solo non sono identici, ma tendono ad essere più o meno in contrasto fra di loro e perciò una conciliazione completa fra di loro non potrebbe verificarsi, se non quando la pura utilità individuale si subordina alla utilità collettiva.

Il diritto non è la giustizia pura poichè la giustizia costituisce un criterio di perfezione ideale, che non può mai completamente attuarsi, è una forma che deve essere riempita da un contenuto. Il diritto è invece la realtà come può essere nella mutabilità e complessità dei rapporti sociali; è quella forma riempita, a dir così, dall' elemento utilitario. La giustizia non può attuarsi tutta, come non può attuarsi tutta l'utilità nelle sue molteplici manifestazioni; di ciascuna si attua solo quel tanto, che la natura imperfetta degli uomini e la complessità dei rapporti sociali permettono che si attui e che può esser reso coattivo per mezzo di una forza esteriore. In altri termini, il diritto è un adattamento dell' utilità entro i limiti del giusto e, in pari tempo, un adattamento del giusto alle condizioni dell'utilità.

E così apparisce ancora una volta come abbiano torto, tanto coloro che vedono nel diritto un fatto puramente etico, quanto coloro che vi vedono un fatto puramente utilitario. Esso è l'uno e l'altro nel medesimo tempo, è un tutto complesso, come è complessa la nostra coscienza, che obbedisce a moventi etici ed utilitari e come è complessa la natura dei rapporti sociali che ne derivano. È appunto questa complessità che ha permesso l'affermazione di opposte teorie. Ognuna ha guardato questi fatti da un solo punto di vista ed ha creduto di potere aver ragione.

La combinazione dei due elementi apparisce poi in diversa maniera nelle idealità giuridiche e nel diritto attuato. E ciò si comprende. Le idealità sono aspirazioni, che vogliono dominare e modificare la realtà, onde in esse l'elemento universale prende il sopravvento e il principio di giustizia tende ad offuscare il criterio utilitario; mentre questo tende ad assumere la veste della giustizia per riuscire più facilmente ad affermarsi ed a farsi valere. Ma, a misura che quelle idealità si attuano, l'elemento individuale si rivela in tutte le sue molteplici manifestazioni per occupare il posto che gli spetta nelle formazioni giuridiche.

CAPITOLO VI

L'opportunità.

SOMMARIO. — 96. Concetto di essa. — 97. L'utilità e l'opportunità. — 98. L'opportunità e la giustizia. — 99. L'opportunità nelle idealità.

§ 96. — Parrà strano che qui facciamo un posto a parte all'opportunità accanto al criterio utilitario. Dal punto di vista filosofico l'opportunità non è che una

forma di utilità: ma dal punto di vista empirico una distinzione esiste e deve farsi. Stante infatti la complessità dei rapporti umani, la varietà degl'interessi, dei conflitti e delle situazioni, l'impossibilità di modificarle in breve volger di tempo, non è sempre possibile di attuare, non solo un grado elevato di giustizia, ma neppure l'utilità desiderabile. Vi sono interessi, condizioni, che vi si oppongono e che non possono mutarsi o spostarsi che lentamente, poichè le società umane non si trasformano in modo improvviso. Si può anzi dire che nulla vi è di così lento ad evolversi che una società umana. Le modificazioni non vi si possono compiere in linea retta, ma devono seguire linee più o meno tortuose e procedere in mezzo ad ostacoli di ogni genere, svolgersi con prudenza, tentando, studiando diverse vie, adattandosi alle circostanze del momento, pur tenendo di mira un'unica direzione, quando pure questa non venga completamente spostata dalle nuove condizioni di fatto, provocate dalle stesse trasformazioni. Questi fatti mettono in rilievo l'elemento dell'opportunità, che non bisogna confondere con l'opportunismo, poichè, mentre questo implica l'assenza completa di principî o il sacrifizio completo di ogni principio alle proprie mire egoistiche; quella invece costituisce, in un dato momento, il solo mezzo per conciliare i principî con la complessa realtà delle cose.

Dopo ciò possiamo dire che l'opportunità è l'utilità del momento, l'utilità transitoria, la utilità attuabile in quelle date condizioni di tempo e di luogo; è perciò un elemento eminentemente precario e suppone un criterio che si sposta, secondo il vario avvicendarsi delle situazioni di fatto. Nell'opportunità il carattere mutevole e relativo dell'utile, si accentua in maniera speciale. Da qui la possibilità di conflitti fra queste due forme dell'utilità.

§ 97. — Infatti, essendo l'opportunità l'utilità del

momento, essa si accetta in mancanza di una maggiore utilità e perciò, in via provvisoria, o per l'impossibilità di ottenere l'utilità desiderata e con la speranza di poterla conseguire un giorno in maniera più completa. In tal modo si delinea e può acuirsi il conflitto fra queste due forme di utilità, quale un conflitto fra l'ideale e il reale, conflitto gravido di conseguenze e anche fecondo di progresso, poichè è da esso appunto che scaturiscono le forme di adattamento più evoluto nelle società capaci di progredire. Quanto è più vivo il desiderio per il conseguimento dell'utilità ideale, tanto è più possibile che si modifichino le situazioni di fatto, che le impediscono di attuarsi in quel dato momento. È per questo conflitto che l'utilità più completa di ordine superiore, può trionfare a poco a poco sulla utilità più imperfetta, imposta dalle situazioni di fatto. Ma sì tosto che l'utilità più completa riesce a tradursi in atto, essa crea, alla sua volta, situazioni che si fissano, rapporti che si immobilizzano, in un dato modo e determinano reti d'interessi, che si contrappongono a qualunque altra forma di utilità di ordine più elevato. Onde i conflitti si rinnovano e la nuova forma di utilità ideale si trova di fronte alla vecchia utilità ideale, che, essendosi attuata, si è a poco a poco trasformata in semplice opportunità. È questa l' eterna vicenda delle cose umane, la legge della vita, che è sviluppo e perciò necessariamente conflitto e conciliazione. E come dal seno stesso dell'utilità scaturisce il conflitto, è per opera di essa che si determina anche la conciliazione. L'opportunità è appunto il criterio in base al quale essa si determina.

Si guardi alla storia di qualunque istituzione sociale. Quando sorse in quel dato modo essa era utile e in forza di questa utilità (oltre che del principio di giustizia) essa riuscì a poco a poco ad affermarsi. Ma in seguito le situazioni di fatto si spostano, si modificano i bisogni, e la istituzione si trova in contrasto con le

esigenze nuove, che non riesce più a soddisfare e diventa perciò un inciampo per gli ulteriori sviluppi. Ma intanto essa ha determinato interessi, abitudini di vita, ordinamenti, maniere di pensare e di sentire, che non possono modificarsi in un momento. Il conflitto fra il vecchio e il nuovo non può conciliarsi che con una serie di successivi adattamenti suggeriti appunto dal criterio di opportunità. Il diritto è pieno d'istituti, che in tutti gli stadî del loro sviluppo, portano le tracce di queste conciliazioni, di accomodamenti determinatisi, in forza di questa forma di utilità di ordine inferiore. In tal senso si può dire che l'opportunità è il criterio della stessa utilità.

§ 98. — E non solo sull'utilità, ma anche sullo stesso principio di giustizia l'elemento dell'opportunità esercita un'azione limitatrice.

La giustizia non può mai trionfare nella realtà come trionfa nell'idea e nell'immaginazione, perchè non può mai attuarsi nel modo come si percepisce, si sente e si desidera; essa si trova in contrasto con situazioni di fatto, che non possono modificarsi secondo i desiderî. Queste possono anzi assumere tanta importanza, da modificare nel fatto gli stessi effetti benefici della giustizia e trasformarli in effetti dannosi. A causa della imperfezione degli uomini e della complessità delle cose umane, il *fiat justitia* può alle volte condurre, se non alla distruzione del mondo, alla distruzione della stessa giustizia, cioè ad una condizione di cose, in cui il grado di giustizia sia assai inferiore a quello, che si poteva conseguire nello stadio precedente o a quello che si sarebbe potuto conseguire nel momento attuale.

Oltre che una giustizia pura, una giustizia ideale, vi è sempre una giustizia temperata da ragioni di opportunità, dalle considerazioni del momento. Tante riforme giuste non possono farsi, o pure non si possono attuare in maniera improvvisa, perchè si trovano di fronte agli

ostacoli insuperabili, che presenta la realtà della vita sociale, non solo ad ostacoli di carattere permanente, ma anche ad ostacoli di carattere provvisorio, che pure non possono essere superati ad un tratto. Anche l'attuazione della giustizia obbedisce alla legge di adattamento e si ottiene per gradi, in maniera lenta, ma sicura, come appunto procede la natura nelle sue trasformazioni. Gradatamente, anche gl'interessi più contrarî al trionfo della giustizia possono essere spuntati e vinti alla sua causa; mentre, presi di fronte e tutto a un tratto, avrebbero opposto una resistenza invincibile.

Gli è che l'attuazione degl'ideali di giustizia richiede spesso profonde modificazioni nel modo di pensare e di sentire d'intere collettività, spostamenti d'interessi, di abitudini, di maniere di vita. Onde la giustizia di fatto è sempre una giustizia relativa, quale può esser resa possibile fra tanti conflitti di passioni e d'interessi, fra tante condizioni disparate di persone e di cose. Noi possiamo, solo nel fondo della nostra coscienza o nella quiete del nostro gabinetto, desiderare una parità di trattamento nella parità delle condizioni; ma di questo desiderio una parte soltanto e soltanto in certe proporzioni, si traduce o può tradursi nella realtà della vita; e ciò non solo perchè queste aspirazioni si presentano con diversa intensità nei diversi individui e si trovano di fronte ad ostacoli insormontabili, ma perchè la stessa parità delle condizioni viene concepita in maniera diversa da coloro che si trovano in diverse situazioni di fatto. Le classi privilegiate o prevalenti sono sempre disposte a ritenere che il loro privilegio o la loro prevalenza risponda ad una effettiva diversità di condizioni; e le classi non privilegiate o soggette sono sempre disposte ad esagerare la parità delle condizioni e a richiedere, più che una parità di trattamento, una parità di privilegio o di prevalenza.

Anche la giustizia adunque deve seguire la legge di

adattamento, che è la legge di utilità ed opportunità, e per tal modo diventa diritto, cioè disciplina, ordine esternamente coattivo di rapporti umani. Il diritto è tutto penetrato di elementi di opportunità, quantunque in diversa proporzione nelle sue varie parti, perchè è prodotto umano, che si sviluppa e vive in determinate condizioni di tempo e di luogo e si propone di regolare rapporti, che esistono in un dato modo e non possono esistere diversamente in quelle date situazioni di fatto; e vuole conciliare e regolare interessi in contrasto, che non si prestano a forme definitive di conciliazioni, ma spesso a transazioni e ad accordi precari.

L'opportunità è in certa guisa l'altro criterio formale del diritto: ma mentre la giustizia è il criterio universale ed assoluto, l'opportunità è il criterio relativo, transeundo, ma non meno necessario di quello. I due criterî sono entrambi necessari, perchè rispondono entrambi a necessità di fatto, a bisogni della coscienza. Perciò la norma giuridica è in pari tempo, quantunque in diverse proporzioni, principio di giustizia e regola di opportunità. Se diventa o tende a diventare esclusivamente principio di giustizia, il diritto s' irrigidisce in principî astratti e può anche acquistare carattere dottrinario; se diventa esclusivamente regola di opportunità, cessa di essere diritto.

Mentre nell' utilità prevale, quantunque in diverso modo, nei vari casi, l'elemento economico, nell'opportunità prevale l'elemento politico. È perciò che al criterio di opportunità s'ispira a preferenza il legislatore e l'uomo di Stato, e quel criterio acquista importanza speciale nel dominio del diritto pubblico e sopratutto in quelle parti di esso, che più confinano con la politica: mentre al criterio di giustizia s' ispira a preferenza il giudice e quel criterio trova poi una più esatta applicazione nel dominio dei rapporti più semplici del diritto privato; quantunque il primo criterio non possa mai cessare di

agire nel secondo caso e il secondo, nel primo. Il legislatore deve pur sempre ispirarsi al criterio di giustizia e il giudice è costretto a tener conto, anche quando non ne ha neppure coscienza, delle ragioni di opportunità, che temperano il diritto e rendono possibile l'applicazione di una norma astratta alle mutevoli situazioni di fatto.

§ 99. — Ma, se il diritto porta in vario senso e in varie proporzioni le tracce dell'opportunità, queste tracce non possono non rinvenirsi anche nelle idealità giuridiche; poichè, come abbiamo notato, queste idealità non sono campate in aria, ma vengono suggerite dalla realta, si formano sotto lo stimolo dei bisogni. Esse non sono il diritto assoluto e immutabile, ma sono, nel loro complesso, formazioni relative al grado di civiltà e alle condizioni di un dato ambiente. Sono aspirazioni verso un diritto più elevato, più rispondente alle necessità della vita di quello che non possa essere il diritto incarnato nelle fonti legali. Nascono anzi dal contrasto fra il diritto così, come è, e il diritto quale dovrebbe essere per rispondere ai bisogni attuali. Ma il contrasto stesso impone la necessità di una conciliazione e questa non può venire che dalla nostra coscienza in connessione con le situazioni di fatto. E se viene dalla nostra coscienza vuol dire che essa già vi era contenuta in embrione e viene data dallo stesso modo con cui noi possiamo concepire il diritto.

Coloro che affermano essere il diritto un prodotto storico affermano una cosa vera, ma in pari tempo una mezza verità, poichè vi sono certamente nel diritto elementi particolari e mutevoli, che variano secondo le condizioni storiche; ma vi sono anche elementi universali, che nella loro essenza rimangono immutati, come nei suoi caratteri fondamentali rimane immutata la coscienza. È perciò che in ogni epoca storica le idealità giuridiche non avrebbero possibilità di attuarsi se non

contenessero questa duplice categoria di elementi; non potrebbero neppure essere concepiti dalla coscienza, che è in pari tempo universale e particolare.

Ma, non vi è dubbio che le idealità giuridiche, appunto perchè idealità, contengano o mostrino di contenere un numero limitato di elementi opportunistici. Le idealità tendono, per loro natura, a ridurre, a semplificare, ad astrarre, poichè l'astrazione è la loro forza, è il mezzo per accomunare un maggior numero di coscienze al loro trionfo. Le idealità giuridiche non possono sfuggire a questa tendenza; per cui l'elemento dell'opportunità cade in esse in seconda linea, rimane offuscata dal principio di giustizia, tende a farsi valere sotto questa veste. È così che nelle controversie private, come nelle lotte di partito, nei conflitti interni, come in quelli internazionali, ogni parte parla a preferenza della giustizia della propria causa e tende a presentare come giusto anche ciò che è semplicemente opportuno. Questo è naturale, perchè ogni causa vuole presentarsi sotto il suo aspetto migliore, vuole accaparrarsi il maggior numero di simpatie e ciò non può ottenersi che con un appello a quegli elementi universali, che vibrano in ogni coscienza. L'opportunità, per il suo carattere particolarista, provvisorio, relativo, non è atta a guadagnare le coscienze.

Ma, non sì tosto le idealità cominciano ad attuarsi, non sì tosto si trovano in contatto diretto con le realtà della vita, con le esigenze molteplici e in contrasto, che si agitano nella convivenza, l'elemento dell'opportunità acquista la sua importanza; le astrazioni, a dir così, si rimpolpano, il semplicismo si complica e le idealità, di tanto riescono più feconde, di quanto più si arricchiscono con elementi contingenti, che riflettono la varietà delle situazioni e dei rapporti.

CAPITOLO VII

Gli elementi emotivi.

§ 100. — Con questa generica espressione di elementi emotivi vogliamo indicare tutti quei desideri, quelle aspirazioni, quei sentimenti che si fanno valere nel diritto, ne modificano in varia guisa il concetto e ne rendono possibile l'attuazione.

Siccome il diritto è suggerito dai bisogni sociali, non può non contenere una quantità di questi elementi. Il bisogno è idea e sentimento, ma sopra tutto tendenza che mira ad attuarsi, onde, sulla base della tendenza, s'innestano tutti gli ulteriori processi rappresentativi ed emotivi, che, nelle coscienze più evolute, conducono alle complicate soddisfazioni dei bisogni complessi.

Abbiamo già parlato del sentimento di giustizia; ma non è il solo che opera nel dominio del diritto: tutti gl'interessi, tutte le considerazioni di utilità e di opportunità sono, come dicemmo, accompagnati da stati emotivi, i quali, alla loro volta, dispongono le coscienze alle nuove concezioni giuridiche. Sarebbe impossibile procedere all'esame di tutti questi elementi; ci fermeremo perciò su di alcuni, che sembrano avere maggiore importanza e che per orizzontarci distingueremo nelle quattro seguenti categorie: 1.° dei sentimenti di conservazione, 2.° dei sentimenti della personalità, 3.° quella dei sentimenti di coordinazione, 4.° e dei sentimenti di subordinazione.

Abbiamo innanzi tutto il gruppo fondamentale dei sentimenti della propria conservazione, che si riferiscono alla conservazione e allo sviluppo, sia della persona fisica, sia della persona morale. Essi assumono ordinariamente due aspetti, rispondenti alle due precipue esigenze dell'adattamento per preservare la propria esistenza. Per vivere, l'individuo ha bisogno, ora di evitare le cause di distruzione, ora di reagire contro di esse. Da qui le due manifestazioni affettive di ordine opposto: i sentimenti astenici, che implicano uno stato di depressione dell'energia vitale e quelli stenici, che implicano un accrescimento o una esagerazione di tale energia.

La paura è il sentimento astenico per eccellenza. Nei casi estremi essa può produrre la paralisi, l'immobilità: ma nei casi medi e minimi è causa feconda di produzioni sociali. Infatti, ora quale misoneismo, induce a fuggire le novità e a persistere nei vecchi modi di pensare, nelle antiche consuetudini di vita; ora, come rispetto umano, induce ad accettare, senza discutere, il conformismo dominante, ad entrare passivamente nei suoi ingranaggi; ora, come timore di un male futuro, rende effettivamente operose tutte le forme di sanzione, che determinano l'obbligatorietà delle norme; ora, sotto forma di timidità, rende possibile alle volontà più forti di affermarsi e di farsi valere. Onde è, in molta parte, per opera di questo sentimento, che le capacità volitive possono muovere e dirigere le folle, possono imporre il loro volere ed imprimere unità e consistenza alla vita sociale. Ed è a questo sentimento che fanno appello le credenze, che non riescono a vincere con le convinzioni; i comandi, che non possono farsi valere con la persuasione; le idealità, che non riescono ad affermarsi per mezzo dei sentimenti di ordine più elevato. Ciò che rende eminentemente fecondo l'appello ad esso, è il fatto che vi è sempre un fondo di timidità in tutte le coscienze umane allo stato normale, quantunque operi, ora per-

cepito, ora non percepito, ora in via diretta, ora indirettamente. Onde non solo è sempre facile il passaggio dallo stato coatto allo stato spontaneo, ma spesso lo stato spontaneo è una *dolce* violenza non percepita, e ciò che viene imposto, può apparire quale formazione autonoma della nostra coscienza.

Nella sua forma stenica il sentimento di conservazione diventa collera. Essa è reazione violenta contro le cause, che minacciano di distruggere la nostra persona fisica e morale; è la ribellione della coscienza, che vuol distruggere per non lasciarsi distruggere. Anch'esso presenta numerose gradazioni e negli stadî medi, specialmente sotto forma di odio o in genere di sentimento di repulsione, dispiega una notevole e costante influenza nella vita dell'aggregato; sia perchè i sentimenti repulsivi ingrandiscono, per l'azione dei contrasti, i sentimenti di attrazione; sia perchè riescono potenti stimoli di concentramento della energia psichica in certi dati momenti e verso certe date direzioni. Essi hanno per noi notevole importanza in quella sintesi emotiva, che apparisce sotto la forma di risentimento contro l'ingiustizia. Non vi è dubbio, che senza l'opera del risentimento, il principio di giustizia non riuscirebbe ad affermarsi con quella energia, che ne fa il cardine solido e potente dei rapporti universali. È, per mezzo di esso, che il risentimento assume il massimo di vivacità.

Ma in questo caso non opera da solo e non si svolge con azione permanente. Non opera da solo, perchè diventa efficace per mezzo del sentimento di paura, sopra tutto a causa dello stato di timidità generalmente diffuso nelle coscienze. Per questo acquista una efficacia preventiva e non ha occasione di trasformarsi in uno stato permanente. Ma rilevandosi, ad intervalli, può sempre esplicarsi con un grado elevato d'intensità.

Per tal modo i due sentimenti si completano nella vita sociale e in quella del diritto e mentre uno costi-

tuisce in certo modo la forza che opera, l'altro è come il serbatoio, che ne conserva i prodotti. E così, nella formazione delle idealità giuridiche, l'uno determina la protesta contro l'ordinamento esistente, l'altro induce alla ricerca dei mezzi per rimediarvi; l'uno dà la critica, la distruzione, è il lato negativo; l'altro suggerisce la ricostruzione, l'ordine, è il lato positivo.

§ 101. — Sulla base dei sentimenti di conservazione si erge un gruppo di sentimenti, che hanno per noi la massima importanza. Possiamo chiamarli *sentimenti della personalità.* Esso comprende tutti quegli stati emotivi che si riferiscono all'affermazione, allo sviluppo, alla dignità della propria persona e quindi costituiscono come la base della personalità giuridica dell'individuo umano. Infatti fino a quando gli stati emotivi di questa categoria non si sono sviluppati, non abblamo ancora l'uomo quale persona morale e giuridica, ma semplicemente l'uomo come unità antropologica. Così, la concessione della libertà politica ad un popolo, per lungo volgere di secoli, abituato alla servitù, non produce l'attuazione della libertà, poichè mancano ancora quei sentimenti, che inducono all'affermazione del proprio *io.* Nel trattare della genesi del diritto avremo occasione di osservare che la formazione della personalità nel senso giuridico procede di pari passo con lo sviluppo di questi sentimenti.

Il sentimento primordiale della personalità apparisce sotto forma di *sentimento di sè.* In esso vi è un momento interno, connesso con la percezione dell'unità della propria coscienza, a traverso tutti i cambiamenti del corpo e degli stati dello spirito. Vi è un momento esterno, connesso con la percezione del distacco, della distinzione della propria individualità di tutte le altre persone e cose. Manifestazioni immediate di tale sentimento sono l'*amor proprio* e il *pudore.* Essi ne costituiscono le rivelazioni più evolute. Infatti l'amor

proprio è un'affermazione energica del proprio io, ne è la prima rivoluzione pienamente cosciente e spinge, non solo, alla estrinsecazione del proprio essere, ma anche, sopra tutto, al dominio di sè stessi e del mondo esterno. Nel primo caso, esso è in certo modo il prolungamento del sentimento di sè, nel suo aspetto esterno e induce non solo a sentire, ma a far sentire la propria personalità, a prender posizione di fronte alle altre personalità. È in questo secondo momento che l'amor proprio comincia a socializzarsi. Fuori della convivenza questo secondo momento non potrebbe completamente svilupparsi. È l'attrito delle coscienze che conferiscono a questo sentimento il suo aspetto caratteristico.

Il sentimento del pudore è all'opposto la paura istintiva di esporre la propria persona e sopra tutto, i suoi lati deboli creduti tali. Al pari dell'amor proprio, anzi più di esso, presuppone la convivenza e si sviluppa sotto l'azione dei giudizi altrui o della paura di tali giudizi. Onde insensibilmente mette capo al sentimento dell'onore, col quale ha tanti punti di contatto.

Il sentimento dell'onore è il più socializzato dei sentimenti della personalità poichè esso sorge appunto dai contatti fra gl'individui umani e dal desiderio dell'altrui lode, come dalla paura dell'altrui biasimo e consiste quindi nel complesso degli stati emotivi, che si riferiscono al grado di considerazione della nostra personalità. Come si sa questo sentimento costituisce una delle più potenti molle delle azioni umane, a causa, sopra tutto, degli elementi ideali che contiene e che, alla sua volta, stimola, delle credenze, con cui si alimenta e per cui il proprio *io* può proiettarsi per tratti indeterminati di spazio e di tempo. Dal sentimento dell'onore dipende a preferenza il valore e l'importanza sociale della personalità sia di fronte agli altri, sia di fronte a se stessi; onde, quanto più vivo è questo

sentimento e più, in genere, cresce il sentimento della personalità e più dolorose diventano le offese che esso riceve.

Con l'amor proprio e col sentimento del pudore e dell'onore, sono strettamente collegati i due principali fattori di forza e di coesione sociale, che sono, come abbiamo veduto, la capacità e la tendenza ad imitare. In essi la capacità trova uno dei più forti incentivi a muoversi, a svilupparsi, ad iniziare la sua azione autonoma, ad esercitare nella convivenza un'influenza proporzionale alla sua potenza di adattamento. Ma essi costituiscono anche i più potenti stimoli ad imitare, poichè si cerca a preferenza ad imitare ciò che accontenta l'amor proprio o sembra onorevole, o vale a procacciare il plauso del pubblico, la stima o la fama. È per opera di questi sentimenti che le classi inferiori tendono a modellarsi su quelle superiori; mentre d'altra parte si foggia lo spirito di gruppo e di classe e si determinano i conformismi, gli usi, i pregiudizi refrattari alle nuove e più progredite forme di adattamento. Il diritto in molte parti li riflette e anche le idealità giuridiche si plasmano quindi sotto l'azione di essi.

§ 102. — Col titolo di sentimento di coordinazione intendiamo tutti quei sentimenti che inducono gl'individui umani a congiungere i loro sforzi, a cooperare, a subordinarsi gli uni agli altri, o ad operare a vantaggio altrui. Da essi a preferenza provengono le forme di solidarietà a base di eguaglianza e di scambio di servizi.

Primi si presentano in questo gruppo, per le loro generalità e il loro carattere espansivo, i sentimenti di simpatia. La simpatia non è propriamente un sentimento, ma piuttosto uno stato emotivo di carattere generico, che predispone ad una quantità di sentimenti specifici. Nella sua generale accezione, essa è quell'attrazione

caratteristica di un individuo verso di un altro, per cui il primo è indotto a trasportare nella coscienza del secondo, gli stati emotivi, che si producono nella propria, o quelli che egli sente si dovrebbero produrre, se si trovasse nella situazione di quell'altro. Essa si fonda sopra tutto su di una identità subbiettiva, creata dalla immaginazione e dal sentimento, ma ciò non toglie che tale identità abbia una base di fatto nella comunanza di conformazione somatico-psicologica, che si traduce nella somiglianza delle manifestazioni esteriori. La simpatia è connessa al bisogno di completamento che prova ogni individuo umano, bisogno, che fino a un certo punto, diventa più intenso a misura che l'individualità si sviluppa nei suoi caratteri specifici e si sente quindi particolare e diversa dalle altre individualità.

Vi sono nella simpatia due momenti: uno iniziale, di carattere più meccanico, in cui opera a preferenza la uniformità della conformazione e delle tendenze, la somiglianza effettiva; l'altro più evoluto, in cui domina a preferenza il bisogno di completarsi e la simpatia diventa creatrice di somiglianze o si fonda sopra somiglianze di carattere fondamentale. Opera in entrambi i casi un'aspirazione verso l'universale, che nel secondo caso diventa più profonda e più duratura. Ed è in questo secondo caso a preferenza che acquista una potente forza irradiante e conduce alla reciprocità e alla solidarietà sempre più estesa e alla concezione di un diritto eguale e in pari tempo diverso: eguale rispetto alla comune possibilità di sviluppo della propria individualità, diverso rispetto allo sviluppo effettivo di essa nelle diversità delle situazioni. In tutti i casi, la simpatia costituisce una delle grandi forze che inducono il diritto ad uscire dalla ristretta cerchia del partito, del gruppo, della classe, della nazione, per ispirarsi al criterio universale di giustizia. La simpatia non crea il principio di giustizia, ma è uno dei più potenti sti-

moli, che lo inducono a rivelarsi conformemente alla sua propria natura.

Sulla simpatia poi si fondano alcune formazioni emotive di carattere più complesso, che ne costituiscono gli ulteriori e specifici sviluppi ed hanno una importanza notevole nella vita sociale e in quella del diritto: sono i *sentimenti teneri*. Tali il sentimento d'*amore* e di *compassione*. Il sentimento d'amore, nella sua accezione più larga, è un sentimento molto complesso, è la risultante di molteplici sentimenti elementari, e in esso il bisogno di completamento raggiunge il massimo sviluppo. Esso acquista il suo carattere tipico nell'attrazione fra sessi diversi; ma nella molteplicità delle sue manifestazioni, si rivela nel sentimento di famiglia, in quello coniugale, materno, paterno, filiale, ecc., generando rapporti ed aggruppamenti ed operando sui criterî, con i quali vengono giuridicamente regolati.

Ma un sentimento che esercita un'azione veramente notevole sul diritto e sulle idealità giuridiche è il sentimento di compassione. Esso è il sentimento specifico, per il quale l'attrazione della simpatia è alimentata dal contrasto dell'altrui sofferenza, in cui il bisogno di completamento diventa bisogno di completare e riesce perciò a generare predisposizioni e vincoli assai più energici fra le coscienze. La commiserazione incita all'azione, al soccorso e, accrescendo i vincoli di solidarietà, conduce non solo alle nuove concezioni e ai nuovi sentimenti del dovere morale, ma anche alle nuove concezioni del diritto e dei doveri giuridici. L'azione di questo sentimento ha certo variato nelle diverse epoche storiche; vi sono state infatti epoche più fredde e crudeli; mentre vi sono state epoche in cui la compassione ha potuto esercitare un'azione veramente feconda, spingendo anche fino alle esagerazioni del sentimentalismo; ma è indubitato che in tutte le grandi trasformazioni, in tutte le radicali riforme, ha sempre avuto una parte notevole.

Nella nostra civiltà essa si è sopra tutto affermata per mezzo del cristianesimo, col quale è divenuta eminentemente attiva sotto forma di carità, dando origine ad istituzioni numerose, veri centri, a così dire, di produzione e d'irradiazione di tale sentimento.

Non è quindi da maravigliarsi che questo sentimento venga anche largamente sfruttato da coloro che vogliono provocare una modificazione dell'ordinamento esistente. Alla viva immagine delle miserie del popolo attinsero largamente la loro forza quegli scrittori, che esercitarono una notevole influenza nel periodo, che precedette la rivoluzione francese; come alla viva immagine della miseria delle classi sofferenti, attingono largamente la loro forza i seguaci del moderno socialismo per diffondere i loro credi. La compassione è come il fuoco sacro della giustizia, è come l'anima che ne muove la rigidità formale, che ne riempie di un contenuto vivo le sue formule astratte, conferendo alla parità di trattamento un significato positivo e trasformandolo in un fecondo principio di cooperazione sociale ed umana.

§ 103. — L'ultima categoria di stati emotivi è costituita dai sentimenti che ispirano la subordinazione, la disposizione gerarchica. Questi sentimenti s'imperniano ordinariamente sul sentimento di simpatia e da esso muovono, ma assumono caratteri specifici, poichè in tal caso la simpatia si combina con altri sentimenti elementari, specialmente con la paura nelle sue varie gradazioni, dando origine a sintesi emotive di carattere più o meno diverso.

Alla base di questo gruppo di sentimenti sta il *sentimento* di *ammirazione*, che è appunto una sintesi risultante dalla simpatia, che attrae e della paura, che allontana; dal senso di anichillamento della propria persona e da quello della superiorità di un'altra persona o cosa. Onde, mentre da una parte il sentimento della

propria inferiorità, induce a trovare in un'altra persona, il proprio completamento; il sentimento dell'altrui inferiorità induce a tenersene a distanza. Quindi, il contrasto caratteristico, da cui risulta la sintesi emotiva, che nei casi estremi, paralizza l'atto, producendo l'esitazione, il rispetto, l'ammirazione; o pure un grado illimitato di subordinazione. Nei casi medi genera il sentimento di subordinazione, nei suoi vari gradi.

Dalle forme di conciliazione di questi contrasti vengono fuori le diverse gradazioni e sfumature di questo sentimento, di cui il sentimento di rispetto e di venerazione sono le principali. Nel rispetto, la simpatia tende a prevalere sulla paura, nella venerazione, questa tende a prevalere su quella.

Per comprendere il funzionamento di questi sentimenti, con tutte le conseguenze, che ne derivano, negli aggregati umani, occorre notare, che essi in vario modo si combinano e si completano con i sentimenti della personalità, dando origine, tanto al bisogno di ammirare, quanto a quello di essere ammirato, nelle loro differenti gradazioni, quali diversamente appariscono negli individui umani. Abbiamo così le correnti antagonistiche. le quali, se per un verso si contrappongono, per un altro si richiamano e cioè: sentimento di ammirazione e bisogno di essere ammirato; sentimento di rispetto e bisogno di essere rispettato, e quindi sentimento di obbedienza e bisogno di essere obbedito. Vi sono alcuni, per i quali, la vita è come un passaggio continuo da un genere ad un altro di ammirazione da uno ad un altro idolo; vi sono invece altri, per i quali la vita si svolge come su di un palcoscenico, di fronte a un pubblico numeroso, di cui ambiscono l'ammirazione, l'applauso. Tra questi estremi si svolgono tutte le complesse gradazioni intermedie. E così alcuni possono comandare ed altri obbedire e si costituiscono le numerose gerarchie sociali, varie di forma, di genere e di durata.

Nella formazione del diritto e delle idealità giuridiche, questi sentimenti apportano contributi notevoli. Essi agiscono sui concetti di subordinazione, come anche sui criteri della giustizia distributiva, per cui il principio di eguaglianza si completa con quello di proporzione e induce al riconoscimento e al rispetto della capacità. Ma, sopra tutto esercitano una funzione di prim'ordine nella formazione e diffusione delle comuni maniere di pensare e di agire delle credenze, che vengono oecultate senza discutere o con discussione apparente. Le idealità giuridiche, come sappiamo, appartengono a questa categoria. Se tutti i componenti di una collettività dovessero accettarle solo dopo un maturo esame ed una esauriente discussione, non solo non perverrebbero a diffondersi; ma neppure a costituirsi; sia perchè la grandissima maggioranza è incapace di tale esame, sia perchè la discussione vera, anzi che la unanimità dei propositi, alimenterebbe la disparità delle opinioni. Occorre quindi che i più credano ed accettino ciecamente; e i sentimenti di ammirazione, di rispetto e di ubbidienza predispongano appunto la coscienza dei più ad accettare e permettono ai pochi d'iniziare e di dirigere, mantenendo salda la compagine sociale, a traverso i cambiamenti delle situazioni e delle idee.

Nelle loro gradazioni più accentuate, cioè quali sentimenti di venerazione, le gradazioni di questa categoria inducono al sentimento religioso o ne assumono il carattere. È appena necessario notare l'influenza del sentimento religioso sulla formazione del diritto. A prescindere dal fatto che per lunghi secoli nella storia della umanità l'elemento religioso ne ha costituito il contenuto precipuo; è indubitato che da questo sentimento può venir suggerito il concetto di un ordine necessario e immutabile sottratto all'arbitrio degli uomini. Certo le idealità giuridiche sono sempre il prodotto di esigenze e di credenze umane, ma per opera delle credenze re-

ligiose, possono proiettarsi in un mondo sovrumano ed apparire quali emanazione di un ordine superiore. Ciò accresce immensamente la loro autorità e la loro efficienza pratica, poichè possono obbiettivarsi completamente, prima già che si siano potute obbiettivare per mezzo del potere politico. Ma non si deve disconoscere, d'altra parte, che, con l'azione di questo sentimento, un elemento eteronomo s'introduce nel principio di giustizia, il quale, se per un verso, può favorire immensamente lo sviluppo e la consolidazione dell'ordine e della solidarietà; per un altro verso può essere causa di profonde perturbazioni, allorchè si produce una scissione di credenze o allorchè la religione sposa gl'interessi degli ordinamenti esistenti e si pone quale barriera contro ogni ulteriore sviluppo.

Comunque sia, è notevole il fatto che le idealità sociali di ogni genere e quindi, anche quelle giuridiche, tendono ad assumere una tinta religiosa, tanto quel sentimento è profondamente radicato nella coscienza dell'uomo.

Sotto certi loro aspetti i sentimenti di subordinazione si collegano con i sentimenti estetici e li rischiarano. Anche questi ultimi sentimenti apportano il loro contributo alla formazione del diritto e delle idealità giuridiche. Contributo, che in certe epoche storiche può essere assai considerevole. Il sentimento di una disposizione simmetrica, di un'armonia di rapporti e di forme, non agisce soltanto sulle creazioni artistiche, ma opera anche nella vita sociale e negli ordinamenti che vi si producono o vi si desiderano. E vi opera, in maniera tanto più marcata, quanto più le convivenze sono incivilite e più delicato diventa in esso il gusto artistico. Occorre appena ad accenare all'influenza, che i sentimenti estetici esercitarono in Grecia sui concetti del diritto e dello Stato e di cui l'espressione più elevata si riscontra nelle dottrine di Platone. In epoche recenti

la connessione, fra il bene e il bello, fu messa in rilievo da parecchi scrittori. Il sentimento del bello costituisce, anch'esso, una esigenza, che vuole essere soddisfatta e vuole anche concretarsi nelle forme, che assumono i rapporti umani; onde deve parimenti manifestarsi nel dominio del diritto, che è il dominio delle forme. Vi è perciò tutta una *estetica giuridica*, la quale si rivela, non soltanto nel fatto negativo del disgusto, che provoca la lesione del diritto, ma anche nel fatto positivo dell'armonia e della coerenza dei rapporti e degli istituti che li regolano.

Forse uno studio più approfondito di tale argomento potrà condurre a mettere in evidenza una certa correlazione fra il carattere che in ogni epoca presentano gli ordinamenti giuridici. Ma è certo nelle aspirazioni verso nuove forme di ordinamenti che il senso estetico può dispiegare il massimo della sua influenza. Se il bisogno è anche disarmonia, la mente può sentirsi indotta a crearsi una nuova forma di armonia che si imponga anche per la sua bellezza. In quelle aspirazioni vi è perciò sempre, in certa misura, mescolato il sentimento estetico quantunque non sempre discernibile nelle sintesi complesse, cui danno origine tanti fattori.

CAPITOLO VIII

Carattere delle idealità giuridiche.

Sommario. — 104. Combinazione dei vari elementi. — 105. Il sorgere delle idealità. — 106. Il diritto naturale. — 107. Le idealità e il diritto positivo. — 108. Come si formano. — 109. Come si attuano.

§ 104. — Le idealità giuridiche risultano adunque dalla fusione di tutti questi elementi, che in vario modo si combinano nelle diverse epoche storiche e anche nei

diversi momenti della vita di un popolo, per cui ora gli uni, ora gli altri acquistano il sopravvento. Così, ad esempio, il principio di giustizia, come abbiamo già notato, suole acquistare la massima prevalenza alla vigilia delle grandi rivoluzioni o durante lo svolgimento di esse, giungendo fino alle esagerazioni dottrinarie; mentre a misura che la rivoluzione trionfa, i moventi utilitari e le considerazioni di opportunità prendono il sopravvento. In minori proporzioni questo fenomeno si manifesta nell'andamento normale della vita degli Stati. Le nuove aspirazioni si rivelano a preferenza sotto l'aspetto di rivendicazioni legittime, poichè nessun altro elemento che non sia il principio di giustizia può infondere ad esse l'autorità, di cui hanno bisogno in quel primo momento. Ma a misura che trionfano nelle coscienze e tendono a tradursi in atto, si trovano di fronte alla varietà degl'interessi e delle situazioni e la necessità delle conciliazioni e delle transazioni mette tosto in rilievo gli altri elementi. La vita di tutti i giorni è fatta di piccole e di grandi transazioni e perciò la utilità e l'opportunità non possono non assumervi una notevole preponderanza, quantunque ciò possa accadere senza distruggere addirittura i limiti del giusto. Così, ancora, in certe forme di ordinamento politico, che richiedono il concorso di un gran numero di persone e di organi, il criterio di opportunità viene in prima linea, se non nei grandi problemi, che potentemente scuotono gli animi, nelle questioni di tutti i giorni. E perciò l'arte politica vi raggiunge il massimo del suo sviluppo e del suo raffinamento.

I diversi elementi emotivi si combinano poi in vario modo e in vario senso con gli altri elementi contribuendo, a mettere in rilievo, ora questo, ora quello, secondo le situazioni di fatto e le esigenze della vita in comune. Essi, come sappiamo, sono le forze che devono muovere la macchina, le energie, che si mettono

a disposizione delle idee prevalenti, e mentre da un lato, concorrono a promuoverle e a stimolarle, dall'altro determinano le realizzazioni che devono attuarle. Essi danno risalto, ora al principio di giustizia, ora all'opportunità; favorendo, ora il criterio di eguaglianza, ora quello di subordinazione, ora lo spirito di solidarietà, ora l'energica affermazione dell'individuo. Ma ciò non toglie che, in ogni momento storico, le idealità giuridiche, nel loro complesso, costituiscano le sintesi, in cui tutti questi elementi apportano, con varia proporzione, il loro contributo.

§ 105. — Dopo ciò si comprende anche più chiaramente che le idealità giuridiche, non sono semplici idealità di giustizia, perchè il diritto non è sola giustizia, e non può attingere a questa unica fonte. Esso attinge a diverse sorgenti, o per meglio dire alle esigenze della vita, dalla quale diverse sorgenti scaturiscono, per costituire poi un'unica corrente. Il diritto è come la pedagogia, poichè è anch'esso, una specie di pedagogia, e al pari di questa, è costretta a servirsi degli elementi più diversi.

Ma le idealità non appariscono sempre distinte dal diritto praticato, esse vengono anzi assorbite da questo negli stadî inferiori di sviluppo delle coscienze e degli aggregati umani. Cominciano solo a delinearsi, quando le convivenze hanno raggiunto un certo grado di sviluppo e sentono il bisogno di nuove forme di adattamento, e si rivelano distintamente presso i popoli civili, o nei popoli, che si avviano all'incivilimento e mostrano capacità per raggiungerlo. Esse quindi presuppongono nella coscienza collettiva quello stadio intermedio fra l'esigenza e l'attuazione dei mezzi per soddisfarla, che rende possibile tutta una ricca elaborazione di processi psichici.

Possiamo dire che tre siano le condizioni perchè tali idealità si costituiscano e si affermino in modo reciso.

Occorre che la coscienza collettiva sia uscita da quello stadio istintivo e fisso, che caratterizza le società inferiori: occorre che l'apparato formale abbia raggiunto un certo grado di obbiettività, per cui i nuovi bisogni non possano ricevere soddisfazione immediata senza un mutamento di esso; occorre infine che un certo distacco siasi manifestato fra le condizioni di fatto e l'ordinamento esistente. Tre condizioni, che peraltro si presuppongono e s'influenzano a vicenda: poichè lo sviluppo delle coscienze implica sviluppo dell'apparato formale e anche delle esigenze in contrasto con esso; mentre d'altra parte, lo sviluppo dell'apparato formale, provoca, per un verso, lo sviluppo delle coscienze, e per un altro anche rende inevitabile un conflitto per i nuovi bisogni dell'aggregato.

Ma intendiamoci bene, queste sono le condizioni per cui le idealità acquistino un grado più elevato di chiarezza, di consistenza, di coscienza e di efficacia; ma ciò non significa che in modo meno chiaro e appariscente non si costituiscano dovunque il diritto si elabora comuni aspirazioni verso ordinamenti diversi. Poichè in nessun caso il diritto è formazione puramente cieca, e istintiva. Coloro che collaborano alla sua costituzione hanno sempre coscienza, almeno dei fini immediati, che si propongono di raggiungere, onde le nuove formazioni giuridiche sono sempre, più o meno, precedute da una certa elaborazione ideale. Il diritto non è mai un prodotto incosciente dello spirito popolare, come amavano presentarselo i seguaci della scuola storica. Soltanto che noi qui prendiamo il fenomeno nelle sue manifestazioni più appariscenti per renderci meglio conto del modo come esso si comporta.

Nelle loro manifestazioni appariscenti le idealità giuridiche si presentano quali opinioni–credenze, che si formano e si diffondono nelle coscienze con l'opera della capacità e dell'imitazione a misura che le esigenze della

vita premono per essere soddisfatte con nuove forme di ordinamento. Esse non appariscono quali opinioni arbitrarie, ma quali comandi necessari impellenti, perchè suggerite dalla necessità della situazione ed hanno una base universale e indiscutibile nel principio di giustizia.

§ 106. — Quando le idealità giuridiche hanno raggiunto un certo grado di chiarezza e d'intensità assumono il carattere di diritto naturale, e non importa che ne assumano sempre il nome.

Se il diritto naturale è caduto in discredito, specialmente presso certe scuole, ciò è avvenuto perchè si è confusa una delle manifestazioni storiche del diritto naturale con la sua essenza. Nella sua essenza, esso è un fatto universale, perchè determinato dalla natura della nostra coscienza, quantunque possa storicamente assumere aspetti diversi: le aspirazioni verso un nuovo ordinamento giuridico tenderanno sempre ad assumere carattere di diritto, specialmente di fronte alla coscienza popolare. E la coscienza popolare non ha tutti i torti, perchè una idealità giuridica non può avere alcuni dei caratteri del diritto. Se manca ad essa la positività, non le manca l'aspirazione, la spinta, che induce a raggiungerla. Anzi è questa convinzione che agevola il suo passaggio al diritto positivo. I seguaci della scuola storica, del positivismo ristretto, possono bene inveire contro il diritto naturale, ciò non impedisce alle aspirazioni, verso nuove forme di ordinamento giuridico, di apparire quale un diritto superiore al diritto positivo, e magari d'imporsi ad esso e d'infiltrarsi nell'apparato formale per vie traverse, quando non giungano a penetrarvi direttamente per mezzo della legislazione.

Perciò l'autorità e l'influenza del diritto naturale dipendono dalle condizioni storiche e dagli ostacoli che gli ordinamenti esistenti oppongono all'attuazione delle idealità promosse dalle nuove esigenze della vita. Quando,

ad esempio, il processo formativo del nuovo diritto si può liberamente svolgere per mezzo di organi illuminativi ed attivi dell'apparato formale e il diritto positivo può mano mano riflettere le nuove esigenze; le idealità difficilmente acquistano quel grado d'intensità che le fa apparire quale un vero e proprio diritto. Mentre questo accadrà sempre tutte le volte che gli ordinamenti esistenti oppongono ostacoli tenaci alla loro affermazione. Ciò non significa che nel primo caso perderanno ogni autorità. Il diritto naturale rappresenta la tendenza verso l'universale e perciò nella nostra si contrapporrà sempre il diritto positivo come fatto particolare e contingente. Esso costituisce un bisogno del nostro spirito e persisterà a rivelarsi per quanto progredito sia il diritto, poichè questo appunto come norma rigida ed astratta, non potrà mai accontentare tutte le aspirazioni della nostra coscienza, nè adeguarsi a tutte le complesse situazioni di fatto.

§ 107. — Considerandole di fronte al diritto positivo, dobbiamo ora domandarci quali si è la natura di queste idealità. Fanno esse parte del contenuto o della forma?

Tenendo presente ciò che abbiamo detto, dobbiamo conchiudere, che esse costituiscono come un anello di congiunzione fra il contenuto e la forma e perciò vestano un po' la natura dell'uno e un po' quella dell'altra. Infatti esse sono come le forze che agiscono sull'apparato formale e inducono gli organi del potere a formulare il nuovo diritto. Senza queste forze i processi, che operano nella formazione e nella trasformazione della norma, rimarrebbero inerti, onde l' apparato formale si paralizzerebbe in un formalismo incapace di adempiere i compiti, per i quali esiste.

Onde, se le guardiamo di fronte al contenuto, cioè alle esigenze della vita, alle situazioni di fatto, esse appariscono con i caratteri della norma, che vuole regolare in un dato modo quei fenomeni, quale un pro-

dotto psichico obbiettivato, che non dipende più esclusivamente dalla volontà arbitraria di questo o quello individuo, ma s'impone più o meno alla volontà di ciascuno, siccome prodotto collettivo. Se invece le guardiamo di fronte al lato formale del diritto esistente esse appariscono quale un contenuto non ancora incluso nel diritto. Richieste da una vaga volontà popolare, esse non sono ancora imposte dalla specifica volontà del potere e perciò non possono generare obblighi giuridici. Ma questi contrasti valgono a mettere anche in maggior rilievo le connessioni. Se da un punto di vista appariscono in connessione al contenuto, ciò avviene perchè questa connessione esiste, poichè, sono sempre in rapporto con le situazioni di fatto e, fino a un certo punto ne riflettono le oscillazioni. E questo, fino a un certo punto, costituisce la loro forza, poichè possono abbracciare gli elementi più disparati e farsi eco di tutte le ispirazioni non soddisfatte. Se, sotto altro aspetto, si collegano con l'elemento formale del diritto, ciò avviene perchè in esse alita, diciamo così, la voce di un nuovo dover essere, che vuole tradursi in diritto e in alcuni casi vi si traduce, indipendentemente dalla stessa volontà del potere e solo per i convincimenti che producono nelle coscienze e per il sentimento di obbligo che ne scaturisce.

Ed è appunto a causa di questo doppio carattere che esse diventano le vere elaboratrici delle fonti, sia dirette, sia indirette.

§ 108. — Queste idealità si formano e si diffondono per opera di quei medesimi meccanismi per i quali costituiscono le fonti, cioè quelli della capacità e delle ripetizioni. Infatti, le nuove situazioni, le nuove esigenze, sono vagamente sentite nella coscienza del maggior numero e non riescono a determinarvi concetti chiari, aspirazioni precise. Solo i pochi, i più atti in quel dato ambiente, possono averne piena coscienza e

si trovano in grado di determinare con una certa chiarezza i fini, di trovare le formule, di produrre insomma quelle sintesi, che dovranno costituire i nuovi ideali. Nei più esiste il bisogno, il senso vivo del disagio prodotto dal contrasto fra l'ordinamento esistente e le nuove condizioni di vita. La formula, che rende pienamente coscienti quei bisogni e indica, o si ritiene debba indicare, il rimedio, viene allora generalmente accettata. Ma la formula può venir fuori anche quando i bisogni non sono universalmente sentiti, e può diffondersi egualmente per opera dell'imitazione. Allora la formula porta con sè, non solo la concezione di nuove forme di adattamento, ma anche il sentimento di bisogni nuovi.

Il processo formativo traversa diversi stadi. In principio è confuso con gli altri processi consimili, con i quali si formano gli altri ideali della condotta; ma a poco a poco, se ne distacca, a misura che nelle coscienze si delinea e si afferma nettamente il concetto dei fini specifici di questa categoria. E se ne differenzia per la maggiore attività e intensità che vi mostra la coscienza pubblica, per il maggiore interessamento, che queste idealità destano e la maggiore potenza di organizzazione, che riescono a provocare, infine per la loro maggiore praticità e facilità di obbiettivazione.

A questa comune formazione i singoli partecipano, in proporzione della loro rispettiva capacità. Da ciò segue, che negli ambienti uniformi e poco evoluti, dove differenze di capacità, non sono che appena accentuate, si può dire che tutto l'aggregato contribuisca alla formazione delle proprie idealità giuridiche. Non così negli ambienti complessi, dove si determina una specificazione di situazioni, di bisogni e di capacità. Allora la partecipazione del maggior numero diventa indiretta e le idealità giuridiche e il diritto vengono elaborati direttamente da capacità specifiche. A misura dunque che le convivenze si sviluppano e gli elementi sociali si

specificano, viene a specificarsi anche la partecipazione dell'aggregato, nella sua totalità, a queste formazioni collettive. Ma la comune partecipazione non cessa mai del tutto, poichè gli ideali giuridici hanno sempre certi caratteri comuni, universali, sono eco di sentimenti che vibrano nella coscienza di tutti. Se non che la partecipazione del maggior numero non può allora essere diretta, poichè i criterii generali, i modi comuni di sentire, non valgono più per comprendere e valutare le esigenze specifiche, per risolvere tutti i problemi tecnici e complessi, che implica l'ordinamento giuridico di una convivenza sviluppata. Oltre a ciò, l'ordinamento politico fornisce al potere una forza, di cui esso può usare anche per imporre, almeno per un certo tempo, e dentro certi limiti, maniere di pensare e di sentire che sono in contrasto con le aspirazioni del maggior numero.

Comunque sia peraltro, e a prescindere dalle perturbazioni, che può ricevere il fenomeno, le idealità non possono trovarsi in permanente contrasto con le aspirazioni del maggior numero, poichè da esso, in ultima analisi, proviene la forza, che ne assicura il trionfo e ne permette l'attuazione.

§ 109. — Quando le identità giuridiche hanno raggiunto un certo grado d'intensità, dal dominio della teoria, tendono a scendere a quello dei fatti e a trasformarsi in norme di diritto positivo. E vi si trasformano, perchè nascono con questa destinazione. La trasformazione si compie, con gli stessi processi per mezzo dei quali sono nati i casi che abbiamo esaminato a proposito delle fonti. Sicchè abbiamo sempre in fondo, l'azione delle medesime forze, che operano ora in un modo latente, ora in un modo manifesto, e ora conducono ai processi teoretici, da cui scaturiscono gl'ideali, ora ai processi pratici, per cui gl'ideali si traducono in atto.

Il legislatore che formula la nuova norma, non crea di suo proprio arbitrio un principio nuovo, ma coscientemente o quasi incoscientemente, obbedisce a quelle idealità, che si sono a poco a poco determinate e in certo modo accumulate nelle coscienze, specialmente in quelle con le quali si è trovato o si trova maggiormente in contatto. E nel procedere al suo compito, egli non potrà andare più oltre di quanto gli permetta la sua autorità, non solo quella formale, ma anche quella effettiva, risultante da tutto l'insieme delle credenze accumulatesi a favore del potere in genere e della sua persona in ispecie. Ma, in pari tempo, egli non potrà non aggiungere qualcosa di proprio, in proporzione della sua capacità e della capacità di coloro, che con lui più direttamente collaborano. L'istesso bisogna ripetere per coloro, che concorrono alla formazione di una consuetudine o per i giudici, che danno origine ad una nuova giurisprudenza.

Il modo, la facilità, la proporzione con cui le nuove idealità si tradurranno in atto dipende sempre dalla intensità delle credenze, dal grado dei convincimenti giuridici. In certi casi, come avveniva col diritto naturale, i convincimenti possono acquistare tale intensità, una così viva forza di persuasione, da apparire già come un diritto positivo, prima ancora di avere messo in moto gli organi del potere. In altri casi invece richiedono tutto un periodo dl elaborazione, di preparazione, di lotte e possono tradursi in atto solo gradatamente per mezzo di riforme legislative, o in modo anche più lento, per mezzo della consuetudine o della giurisprudenza. La via che esse sceglieranno non dipenderà dall'arbitrio di questi o di quelli, ma dalle condizioni storiche. É peraltro indubitato che, in tutti i casi, la trasformazione non può operarsi se non per mezzo di un'azione vera o supposta degli organi del potere, e non importa che quest'azione sia poi del tutto indi–

retta; perchè la norma giuridica richiede sempre un grado di obbiettivazione, che solo il potere può conferirle. Così, anche nel caso estremo del diritto naturale, l'azione del potere si può sempre scorgere, quando non ci limitiamo ad un'osservazione superficiale. Tutta l'efficacia pratica del diritto naturale dipendeva, in fondo, dal fatto che il potere riconosceva la sua autorità o che le corti giudicanti lo applicavano o che alcune consuetudini si determinavano sotto la sua influenza. Anche quando si affermavano nuove rivendicazioni a nome del diritto naturale, in fondo, si aveva un riferimento, sia pure implicito, a un potere, che avrebbe dovuto ispirarsi a quel diritto. Sicche il processo di trasformazione delle aspirazioni e delle idealità in norme non deriva essenzialmente, per la sua natura, da quello che accade ora; ma piuttosto per la sua intensità, per la forza del convincimento giuridico, che faceva considerare come già attuato, quello che era ancora d'attuarsi. Ma è sempre la forza del movimento quella che induce l'apparato formale a muoversi per non contentare le nuove aspirazioni e che permette a queste di insinuarsi irresistibilmente nel diritto positivo.

PARTE III

CONFLITTI E CONCILIAZIONI TRA FORMA E CONTENUTO

CAPITOLO I

Conflitti determinati dalla natura degli ideali e del comando.

§ 110. — Quantunque la forma della norma giuridica sia la veste di un dato contenuto di fatto e costituisca l'ultimo stadio di un processo, col quale le esigenze della vita in comune si affermano, si formulano e riescono a farsi valere per mezzo di un comando: o pure un conflitto può determinarsi e più o meno, si determina sempre (quantunque in vario modo) fra la norma e le esigenze, che essa regola. Varie sono le cause, che possono determinare tale conflitto.

Innanzi tutto abbiamo la natura propria degli ideali giuridici. Essi nascono con un peccato di origine, quello cioè di essere una formazione media ed astratta. Il che

significa che esse non riflettono tutte le esigenze in tutte le loro varietà, ma riflettono certe esigenze dominanti e quei punti, rispetto ai quali un maggior numero d'individui possono trovarsi d'accordo. È vero che le idealità giuridiche si fondano sul principio di giustizia, che è principio universale; ma quel principio non è il solo che ispira il diritto, esso si combina con elementi diversi, dando origine a sintesi contingenti, varie secondo variano le condizioni di fatto. Essendo formazioni astratte, queste idealità hanno sempre un certo carattere vago e indeterminato, che peraltro ne costituisce la forza, poichè possono per tal modo abbracciare un maggior numero di aspirazioni, ed anche aspirazioni fra loro in contrasto, alimentando l'illusione che tutte potranno essere ugualmente soddisfatte per mezzo del loro trionfo. Si sa infatti come si presentino ordinariamente imprecisi i programmi di partito, specialmente di quei partiti che mirano alle riforme radicali. L'imprecisione è data dalla necessità di conciliare molteplici esigenze e dal bisogno di attirare un maggior numero di adesioni. Perciò l'accordo cessa quando i credi del partito si trovano in presenza della realtà e quando la possibilità si presenta di tradurre in atto le aspirazioni e i programmi. I dissidi, le scissioni sono la rottura di un accordo immaginario, che non poteva effettivamente esistere, perchè non furono nettamente precisati, nè potevano precisarsi in tutti i loro particolari i punti sui quali avrebbe dovuto fondarsi.

Si parla a tal riguardo di un contrasto fra la teoria e la pratica, ma ciò è inesatto. La teoria non fu vera teoria e perciò la pratica non può trovarsi con essa in contrasto. Se fosse stata una vera teoria della pratica, cioè se avesse potuto riflettere tutte le esigenze della vita in tutta la loro realtà e varietà, il contrasto non avrebbe potuto manifestarsi. Ma gl'ideali collettivi non possono riflettere la realtà se non d'alcuni lati soltanto,

cioè da quei lati comuni, determinati dalla comune natura umana e dalle comuni condizioni storiche della vita di un popolo; non dai lati mutevoli e diversi, determinati dalle varietà degl'individui e dei gruppi e dalle differenti condizioni, in cui essi vivono e si sviluppano. Si tratta quindi non di vere teorie, ma di formazioni imperfette, che celano le loro imperfezioni fino a che un più diretto contatto con la realtà non le rende evidenti. Nascono allora le disillusioni, che sono tanto più profonde, quanto si era più fortemente creduto nel valore di quegli ideali e più si era confidato di vedere pienamente soddisfatte per mezzo di essi le nuove esigenze. Pure quella fiducia era necessaria, poichè, senza di essa, non si sarebbe conseguito un grado superiore di adattamento, che se non è una forma perfetta, è quella che si poteva raggiungere in quelle date condizioni storiche.

§ 111. — A questo peccato di origine degli ideali giuridici altre cause si congiungono, che si riferiscono al loro modo di attuazione. E abbiamo innanzi tutto la natura del comando. Il comando giuridico, al pari degli altri comandi e anzi più di tutti gli altri, è lo stadio finale di tutto il processo formativo di una convinzione e il punto in cui la convinzione si arresta, fissandosi in un dato modo. Se la convinzione non si fissasse, non si potrebbe avere atto volitivo; ma l'atto volitivo una volta manifestatosi, contribuisce a rendere ancor più fissa la convinzione, arrestando definitivamente il processo formativo. Il comando rappresenta quindi il punto di arresto nel processo formativo di un ideale. Questa natura propria del comando apparisce, come dicevo, più chiaramente nel comando giuridico, perchè esso raggiunge un massimo di obbiettività e di rigidità formale.

Ma se il comando arresta in un dato punto e obbiettiva un ideale, ha poi il potere di arrestare nel loro

movimento le esigenze della vita, che esso deve regolare? Questo può alle volte accadere fino a un certo punto, e allora avremo un massimo di corrispondenza fra gli elementi materiali e il comando. È il caso delle convivenze stazionarie, che sembrano definitivamente cristallizzate in certe date forme di ordinamento. Ma questo non accade nelle convivenze che si evolvono. In tali convivenze le esigenze della vita si modificano, gli ideali si spostano, per cui i comandi positivi, che riflettono solo un momento di queste trasformazioni, verranno, prima o poi, a trovarsi inevitabilmente in contrasto con le condizioni, che dovrebbero regolare. E il contrasto sarà tanto più vivo, quanto più la convivenza si trasforma e quindi mutano le condizioni, in cui il comando è sorto e rispetto alle quali si era fissato in quel dato modo; e d'altra parte, quanto meno il comando può mutarsi a causa della complessità dell'apparato formale. Affermando allora la sua indipendenza formale di fronte al suo contenuto, la norma giuridica incomincia in certe modo a vivere di vita propria, secondo le leggi della logica giuridica. Ma questa vita si fonda su di un dato momento del contenuto e le leggi della sua logica non rispondono in tutto alle leggi della vita. Mentre la legge si fissa in un codice, la società continua nel suo incessante sviluppo.

§ 112. — Un altro carattere formale della norma è, come sappiamo, la sua generalità. La norma non può adeguarsi a ciascun singolo caso o rapporto, ma deve procedere per classi e per categorie. Essa, abbiamo detto, si fonda su di un processo di dissociazione e di astrazione, quindi su di un caso tipico creato dalla mente in vista del raggiungimento di certi fini. Ma nella realtà non abbiamo casi tipici, abbiamo casi singoli, che se per alcuni lati si somigliano, per altri si differenziano più o meno gli uni dagli altri; onde il caso tipico può adeguarsi alla realtà per alcune parti soltanto, cioè per

i lati comuni che esso può abbracciare. E il suo grado di corrispondenza con le esigenze della vita varia, secondo variano le condizioni della realtà nei diversi casi concreti. Onde il contrasto è ora vivo, ora appena sensibile; ora insanabile, ora capace di essere composto entro gli stessi confini formali del diritto; ma più o meno esistente per tutto. Esso può appena rivelarsi in uno stadio primitivo, quando l'individualità è completamente assorbita nel gruppo; ma a poco a poco si accentua, a misura che le individualità si sviluppano, poichè individualità suona differenza e perciò discostamento dal caso tipico.

Peculiari condizioni storiche possono poi maggiormente accentuare il contrasto, come accade, ad esempio, nel vasto Stato moderno con un potere accentrato. Volendo abbracciare le condizioni più disparate, quali si presentano nelle varie parti di queste vaste formazioni, la norma deve necessariamente fondarsi su grandi medie, quindi su medie più astratte e più povere di contenuto, le quali comprendono un numero limitato di lati simili, trascurando tutta una ricca varietà di lati diversi, di fronte ai quali i lati simili perdono quasi ogni valore. Si pensi ad una legge sull'istruzione obbligatoria, che debba egualmente valere, nel nostro Stato, per la Lombardia e per la Sicilia.

§ 113. — La norma giuridica deve essere inoltre norma certa; ma per riuscire effettivamente regolatrice, non basta che sia certa formalmente, occorre che sia anche certo il contenuto materiale, che abbraccia. Ma questo non sempre può accadere, anzi non accade mai, per le ragioni che abbiamo detto precedentemente. Per corrispondere ad una certezza di fatto, la norma dovrebbe riferirsi ad un fatto singolo, in un solo momento e in una situazione determinata. E questo non può verificarsi. Inoltre la norma si deve fondar su indizi esterni, i quali non riflettono la ricca varietà del mondo interno,

da cui deriva tutta la condotta degli uomini. Tali indizi sono spesso ingannevoli e non si trovano sempre in connessione causale con i fatti, che dovrebbero rivelare. Lo stato delle credenze, la necessità di fatto, la pressione degl'interessi, inducono a dar valore ad indizi che non ne hanno alcuno od a spostare i criteri, con i quali vengono stabiliti.

Il carattere astratto della norma rende necessario anche qui il ricorso alle medie e l'indizio medio è, come il caso tipico, che non può più trovarsi in rapporto causale con tutta la varietà dei fatti, di cui deve essere indice rivelatore. Peggio può accadere quando l'indizio viene posto dalla norma perchè si determini fra esso e i fatti un rapporto causale, come accade nelle presunzioni. Tale rapporto può non esistere o non determinarsi nella maggior parte dei casi, siccome possiamo vedere ad esempio, nella presunzione che la legge debba essere da tutti conosciuta. E la cosa si aggrava quando la norma, non potendo valutare fatti interni, è costretta a contentarsi d'indizi puramente negativi. Per tutte queste ragioni è inevitabile che si determini un conflitto fra la certezza formale e quella di fatto e che quindi la norma tratti i fatti, in maniera diversa da quello che sono effettivamente.

§ 114. — Infine la norma, per la sua natura di comando, non può rivolgersi che al futuro. Essa non può comandare nulla al passato, che non può essere diverso da quello che fu, nè al presente, che è un momento che sfugge; essa deve necessariamente rivolgersi alle volizioni che si produrranno per l'avvenire. Ma, nel rivolgersi al futuro, essa non può fondarsi che sulle esperienze passate. Ecco una contraddizione dalla quale non può non scaturire un contrasto fra la forma e il contenuto. Certo, la norma si fonderà su certe uniformità della vita sociale, su certe esigenze, che mostrano una certa persistenza e periodicità. Ma le uniformità

esistono solo fino a un certo punto, si verificano solo entro certi confini; perchè se i fatti si ripetessero in maniera del tutto uniforme, non vi sarebbe più vita sociale, nè storia, nè progresso. Per giunta poi le previsioni possono essere errate, sia per la imperfetta cognizione che abbiamo dei fatti, sia per l'impossibilità di prevedere i fini, in vista dei quali le volontà liberamente si determinano.

I fini continuamente si spostano e questo fatto, combinato con la complicazione e con la conseguente variabilità dei rapporti e degl'interessi, da cui è anche una conseguenza, dà origine al contrasto fra gli effetti desiderati e quelli ottenuti. Le nostre azioni vengono a produrre effetti più o meno diversi, da quelli che ci aspettavamo e in vista dei quali le avevamo appunto intraprese. Ciò si verifica anche rispetto alle norme e sopra tutto rispetto a quelle giuridiche e si verifica in proporzioni immensamente maggiori, stante che esse si riferiscono, non ad una sola volizione, ma ad un numero indeterminato di volizioni. Onde facilmente accade che le forme fatte per rispondere a certe esigenze e per l'attuazione di certe idealità, si trovino prima, o poi, in contrasto con quelle stesse idealità ed esigenze.

Si capisce che tale contrasto diventerà tanto più vivo, quanto più limitato è in noi il potere di modificare la norma. Così, noi possiamo facilmente modificare una norma che ci siamo con atto spontaneo imposta nell'interno della nostra coscienza, poichè il modificarla dipende dalla nostra volontà; ma non possiamo poi modificare ad arbitrio una norma, che ci viene imposta dal di fuori. E siccome fra le norme che ci vengono dal di fuori, la norma giuridica è quella che maggiormente si sottrae al nostro volere, così più vivi possono essere i contrasti fra le nostre volizioni e i comandi, che da essa ci vengono. Il suo grado elevato di obbiettività e la sua rigidità caratteristica non possono quindi

non provocare una quantità di conflitti fra la forma e il contenuto.

§ 115. — Dopo ciò si comprende che questi contrasti debbono maggiormente acuirsi con lo sviluppo dell'apparato formale, perchè esso implica appunto l'accentuazione di tutti quei caratteri, per opera dei quali i contrasti si determinano.

Finchè infatti la norma può scaturire direttamente dai bisogni, finchè le norme sono semplici e in numero limitato e finchè il potere si mantiene in connessione diretta con la convivenza, i contrasti possono essere meno sensibili e più facilmente rimediabili. Ma, se l'apparato si complica, se cresce immensamente il numero delle norme e delle connessioni fra di esse, infine, se il potere si stacca, in certo modo, dalla convivenza, per mezzo di un ordinamento complesso, i contrasti diventano naturalmente più numerosi, più vivi e più insanabili. Perchè allora le nuove esigenze, le nuove idealità, devono traversare tutto un lungo stadio di preparazione, di elaborazione, d'intensificazione prima di riuscire a tradursi in atto per mezzo di norme adeguate. Esse devono pervenire a guadagnare gli organi del potere e quando vi pervengono, può essere già tardi, poichè si sono già trasformate o sono state fraintese in parte o in tutto, e hanno dato origine ad opinioni e a dottrine, che non le riflettono integralmente o si trovano in contrasto con le stesse aspirazioni, onde avevano preso le mosse. La norma quindi nasce anch'essa con un peccato di origine, nasce cioè più o meno, in disarmonia o in contrasto con le condizioni della realtà.

Questo ancora non basta, poichè lo sviluppo dell'apparato formale porta per conseguenza una maggiore attività da parte del potere e quindi un numero crescente di norme e di connessioni fra le norme; il che implica che ogni innovazione diventi gradatamente più difficile o non possa produrre gli effetti desiderati. Non

si può toccare una parte, senza che si verifichino spostamenti, ripercussioni nelle altre, le quali rappresentano interessi, abitudini spesso in conflitto con la modificazione, che si vuole introdurre. La nuova norma non può far *tabula rasa,* ma deve in certo modo venire a patto con le vecchie, anzi non può essere che la risultante di tutta una serie di piccole e di grandi transazioni. La transazione acquista perfino carattere formale nelle disposizioni dette transitorie di una nuova legge. Ma in fondo, ogni nuova norma porta più o meno, nel fatto, quel carattere, perchè deve potersi adattare all'apparato formale esistente. Sicchè, indipendentemente da ogni altra considerazione e solo per il bisogno di adattamento della norma all'ordinamento giuridico, essa non può soddisfare integralmente le esigenze, per le quali è sorta.

Queste considerazioni ci avviano all'esame di un altro ordine di cause.

CAPITOLO II

Conflitti cagionati dalla composizione e dal funzionamento del potere.

SOMMARIO. — 116. Modo come gli organi del potere si costituiscono. — 117. Come funzionano.

§ 116. — La norma, nei paesi civili (e di questi ora a preferenza ci occupiamo) viene ordinariamente fatta dagli organi legislativi, costituiti per mezzo della rappresentanza. Ma la rappresentanza porta al potere, non capacità tecniche, sì bene capacità politiche; mentre invece, col progredire della divisione del lavoro e col

complicarsi dei rapporti sociali, le esigenze acquistano un carattere spiccatamente tecnico e non possono essere valutate e comprese che da capacità specifiche. Gli uomini inoltre acquistano il potere in una età relativamente avanzata, perciò riflettono a preferenza le idee e i sentimenti di un'epoca ormai trascorsa, quella in cui si è fatta la loro educazione mentale e non riescono sempre a valutare debitamente le esigenze nuove. Finalmente, gli uomini che salgono al potere sono generalmente uomini di partito e riescono anzi per mezzo del partito ad acquistare la possibilità d'influire sulla legislazione. La loro mente si è quindi conformata sotto l'azione di certe credenze, che essi non osano più mettere in dubbio, e a traverso queste credenze essi vedono e giudicano le nuove esigenze e le nuove idealità; onde sono facilmente indotti a confondere il credo del partito con le condizioni effettive della realtà.

Gli organi del potere tendono poi a complicarsi a misura che la società si sviluppa e questa complicazione, oltre che una garanzia per un retto funzionamento, è anche un fatto reso indispensabile dal complicarsi della vita sociale e politica, che essi devono riflettere e guidare per mezzo del diritto. Ma la complicazione, d'altra parte, porta con sè un maggiore irrigidimento di quegli organi e quindi una crescente difficoltà per questi a muoversi in armonia con la vita del paese. Onde, se da un lato la complicazione (almeno entro certi limiti) implica progresso, d'altra parte implica crescente possibilità di conflitto fra i comandi che provengono dal potere e le esigenze della vita alle quali devono far fronte. Ciò in conseguenza della stessa complicazione e indipendentemente dal modo come si produce.

§ 117. — Se dal modo come questi organi si costituiscono passiamo a considerare il modo come funzionano e possono funzionare, troveremo una quantità di altre cause di conflitto.

Quegli organi, in fatti, funzionano ordinariamente quali organi politici e sono perciò eminentemente esposti alle passioni di partito e alle impressioni del momento. In essi le considerazioni di opportunità tendono ad assumere un sopravvento decisivo e per giunta l'opportunità vi acquista una impronta decisamente opportunista. Onde, per ragioni di opportunità, certe riforme si trascurano o certe leggi vengono ritardate, spesso fino al momento in cui non rispondono più alle esigenze, dalle quali furono suggerite.

In seno di questi organi poi le norme sono elaborate e discusse a traverso un insieme complicato di formalità e di procedure, che si protraggono per mesi e anche per anni, dalle quali le norme escono spesso assai imperfette, sia per l'incompetenza di coloro che collaborano alla loro formazione, sia anche per il numero grande delle persone, che vi prendono parte. In questi organi complessi tende a costituirsi inoltre come uno specifico ambiente psichico, il quale più o meno si distacca dalla vita sociale e impedisce di rifletterne integralmente le esigenze. Questo ambiente forma come un mezzo di diversa densità, a traverso del quale le nuove idealità non potranno non subire una qualche rifrazione.

Finalmente, occorre notare che la funzione legislativa non è una funzione continua, ma una funzione che si svolge ad intervalli; e d'altra parte le norme non potrebbero mutarsi senza interruzione, poichè altrimenti il diritto perderebbe uno dei suoi caratteri formali indispensabili, la stabilità. Anzi uno dei lamenti che si sentono spesso ripetere nei paesi civili, è la poca stabilità del diritto a causa dell'incessante movimento della legislazione. Ma se gli organi legislativi non possono funzionare che ad intervalli, la vita sociale invece si trasforma di continuo e la sua mobilità cresce a misura che le società si complicano, e cioè a misura che esse

s'incivilíscono. Onde, col progresso dell'incivilimento, crescono le possibilità di avere un diritto arretrato, un diritto che non è in armonia con le nuove situazioni di fatto, non solo perchè esso non potè rifletterle, ma perchè quando esso venne al mondo, quelle situazioni si erano già trasformate. Il diritto era nato già vecchio.

Si può quindi conchiudere che, da un certo lato, il progresso dell'incivilimento produce questo strano risultato, di rendere sempre più vivi e più insanabili i conflitti fra la forma e il contenuto materiale del diritto, per il modo stesso come possono costituirsi e funzionare gli organi, dai quali il diritto viene prodotto.

CAPITOLO III

I conflitti degl'interessi.

Sommario. — 118. Dei conflitti in genere. — 119. Conflitti fra governanti e governati. — 120. Conflitti di partiti e di classe.

§ 118. — A queste cause si aggiungono i conflitti d'interessi.

Come sappiamo, il diritto sorge col compito di regolare tali conflitti, ma bisogna ora osservare che questi conflitti possono influire, sia sulla formazione delle idealità, sia sulla formazione delle norme che devono tradurle in atto. L'effetto finale può essere sempre lo stesso, quello cioè d'impedire che la norma si adegui alla realtà; ma i due fatti non hanno la medesima importanza. Poichè, quando certi comuni ideali esistono, si ha già una guida, e un paese conosce a un di presso che via deve seguire; ma quando queste idealità mancano, esso si dibatte fra aspirazioni vaghe e contradditorie e si

esaurisce in lotte disordinate e infeconde. A tal proposito si può osservare che quando le società traversano un periodo di ordinato sviluppo, i conflitti fra gl'individui ed i gruppi non sono così estesi e perturbatori; si rendono allora più facilmente possibili quelle comuni maniere di pensare e di sentire, da cui scaturiscono le comuni idealità, non solo, ma queste possono più facilmente tradursi in norme. Quando invece le società traversano un periodo di profonde trasformazioni, allora si produce un frazionamento di esigenze e d'idee, che rende difficile o impossibile la formazione di comuni maniere di pensare e di sentire e quindi di norme che si adeguino alle esigenze più comuni ed impellenti.

In tutti i casi, il conflitto d'interessi, qualunque poi sia la sua entità, non può non riflettersi nella norma, che deve regolarlo e perciò la norma, non può non portare l'impronta della transazione, che le impedisce di adeguarsi completamente alle esigenze di fatto. Non è il caso di esaminare tutte le forme di conflitto d'interessi per comprendere come il fatto si produca. Basta ricordare alcune forme tipiche.

§ 119. — Così, caratteristico è il conflitto che suole determinarsi fra governanti e governati. Questo conflitto tende sempre a prodursi, anche quando il governo è una diretta emanazione della collettività. Varie cause contribuiscono a determinarlo e a mantenerlo. Vi è l'interesse collegato con la specifica funzione del potere, che diventa facilmente interesse di corpo, di ufficio e culmina, sopra tutto negli Stati moderni, in quella formazione caratteristica che è la burocrazia. Vi è il timore proprio di chi comanda di vedere un pericolo in ogni innovazione e quindi l'abitudine mentale ad un ordine rigido, schematico, formale; vi è la circospezione prodotta da una più larga esperienza o da un più vivo sentimento di responsabilità; vi è il punto di vista diverso di chi considera le cose dall'alto o da un diverso

ambiente, ecc. Tutti questi fatti non possono non produrre un antagonismo di interessi tra governanti e governati.

Già ogni ordinamento, solo perchè è riuscito a costituirsi in un dato modo, ha fatto sorgere interessi e abitudini, che inducono a mantenerlo in quel dato modo. Se questo vale per ogni forma di ordinamento, deve maggiormente valere per l'ordinamento del potere, che è ordinamento prominente e coattivo e centro di un numero infinito d'interessi, che tendono a mantenere immutato il diritto esistente, Le leggi, come notava uno scrittore, mantengono o creano l'opinione legislativa, cioè determinano un ambiente, in cui le nuove leggi non possono penetrare, senza modificare in qualche parte le idee, che vi dominano. Ma a questo non può sempre riuscire senza che ne risultino, in parte almeno, modificati i criterî che l'ispirano. Cio che non si verifica tanto facilmente e senza trovare ostacoli, opposizioni e ritardi.

Il governo è poi sempre in mano di un certo numero di capacità, qualunque sia la forma che potrà assumere, e gl'interessi particolari di queste non sempre sono in armonia con gl'interessi della collettività nel suo complesso, spesso anzi sono con questi in contrasto, e in tali casi una vera conciliazione non può prodursi, ma si avrà più o meno la prevalenza degli uni col sacrifizio degli altri; di modo che le comuni esigenze verranno solo in parte soddisfatte, o per quel tanto che permettono gl'interessi di coloro che occupano il potere.

§ 120. — Fra gl'interessi che in tal caso acquistano rilievo vi sono quelli di partito e quelli di classe. Si sa che il potere è, più o meno, sempre nelle mani di un partito, qualunque sia la forma di governo, poichè a prescindere da tutte le cause, che possono indurre gli uomini a non trovarsi d'accordo intorno al modo di esercitare il potere, operano sempre alcune tendenze

fondamentali, quella che induce a mantenere immutato l'ordine esistente, quella che induce a mutarlo in modo più o meno radicale. Ma, siccome il partito che governa si trova più o meno di fronte a un partito di opposizione, così le norme che da esso provengono saranno più o meno la conseguenza di una transazione, nella quale le parti saranno accontentate in proporzione della loro forza rispettiva. Le esigenze comuni non possono penetrare nella legislazione se non a traverso gl'interessi e i credi del partito, i quali possono in vario senso sformarle; e se si pensa che non sempre i partiti riflettono le effettive esigenze che si manifestano nella collettività e che il partito dominante nel governo non è sempre il vero rappresentante della maggioranza del paese, si comprende quale e quante modificazioni possano subire le esigenze nuove, prima di trasformarsi in leggi.

Certo, la lotta dei partiti, dati i diversi pensamenti degli uomini, può essere lotta benefica e feconda, poichè per mezzo di essa le vedute unilaterali si allargano o si completano reciprocamente, le intransigenze si correggono, gli antagonismi troppo vivi, si smussano, le tendenze opposte si avvicinano, si conciliano, e magari si fondono. Ma questo è vero, fino ad un certo punto e quando si considera il fenomeno a traverso lunghi periodi storici. Ma nella vita di tutti i giorni, che è quella che più interessa per il carattere immediatamente pratico del diritto, ciò non può non provocare una serie di conflitti fra il diritto e le esigenze che deve accontentare.

La vita dei partiti è poi, più o meno, in rapporto con gl'interessi delle classi sociali. In genere, se non sempre, i partiti sono rappresentanti degl'interessi di classi. Ora è indubitato che più la norma s'ispira agli interessi di una classe e meno si trova in armonia con le esigenze di una convivenza di classi. Certo il diritto

non può favorire in maniera assoluta gl'interessi di una sola classe, poichè altrimenti una tale convivenza di classi non sarebbe possibile; ma sta sempre il fatto che non può contemporaneamente adagiarsi sugl'interessi di tutte in maniera eguale e quindi è inevitabile che questa o quell'altra categoria d'interessi venga a trovarsi in contrasto con le sue disposizioni. È vero che i conflitti danno anche origine alle conciliazioni e non esistono poi sempre nel fatto, siccome sono creduti; e su queste conciliazioni le norme possono sicuramente adagiarsi per mantenerle e rinforzarle. Se non che, ciò che deve essere a preferenza regolato, non è la conciliazione, ma appunto il conflitto; e la forza regolatrice deve, in ultima analisi, venire attinta alle aspirazioni e alle credenze, le quali in questi casi non possono essere concordi. Onde si ha una specie di circolo vizioso.

Abbiamo, dunque, conflitti di vario genere fra interessi di varie categorie, che la norma non riesce a conciliare, perchè ne è essa stessa una emanazione. Tali conflitti sono inevitabili e fino a un certo punto sono anche benefici, poichè costituiscono come le molle del progresso umano. Senza di essi la vita sociale stagnerebbe. Ma è indubitato che essi rendono anche inevitabile un contrasto fra la forma e il contenuto della norma, ora quasi nascosto e invisibile, ora stridente e manifesto.

Per ben valutare poi l'azione di tutte queste cause, bisogna tener presente che le idealità giuridiche in una convivenza, non riescono sempre ad affermarsi in modo chiaro e preciso, in guisa da costituire una guida sicura per il legislatore; esse si manifestano anche sotto forma di esigenze vaghe ed indeterminate, che acquistano poi consistenza per mezzo degli organi stessi del potere. E anche quando possono acquistare un massimo di chiarezza e di precisione esse, appunto perchè formazioni medie ed astratte, saranno necessariamente incomplete e conserveranno sempre un carattere vago

e impreciso. Esse sono formazioni, di cui appariscono solo, le grandi linee, i criterî generali, i principî direttivi e non quindi le linee specifiche, i particolari, la precisa determinazione delle singole parti. Esse possono essere schizzi, non disegni completi. Ora, nella loro trasformazione in diritto sono appunto i particolari, i disegni specifici che acquistano il massimo d'importanza, poichè per mezzo di questi soltanto il vago disegno può tradursi in atto ed acquistare efficienza pratica nel dominio del diritto. Ma appunto nella determinazione dei particolari, l'azione di queste cause, sopra tutto la pressione degl'interessi, può sviluppare un massimo d'influenza, sia perchè in questo momento si determina il vero contatto del diritto con la realtà, sia perchè minore può essere a tal riguardo il controllo e il freno della pubblica opinione. Il processo acquista allora un carattere tecnico, che non sempre attira l'attenzione pubblica e rispetto al quale non sempre i giudizi del pubblico possono determinarsi, mancando al maggior numero la necessaria competenza per comprenderlo e valutarlo. Sicchè gl'inconvenienti si rivelano quando la norma si è già costituita e comincia a dispiegare la sua funzione regolatrice.

CAPITOLO IV

Mezzi di conciliazione. La costituzione della norma.

Sommario. — 121. La rappresentanza. — 122. L'elaborazione tecnica.

§ 121. — Per opera adunque di tutte queste cause, una disarmonia, un contrasto fra la forma e il contenuto materiale delle norme, tende a costituirsi e anche

a crescere con lo sviluppo dell'incivilimento e del diritto. Il diritto si distaccherebbe completamente dalla realtà se un insieme di mezzi non si costituissero capaci di addolcire i conflitti e di ricondurre il diritto alle effettive esigenze della vita. Tali mezzi si sono sempre costituiti nelle convivenze umane, sopra tutto nelle convivenze atte allo sviluppo, e sono di vario genere. A noi non interessano che quelli si producono nel dominio del diritto. Essi possono dividersi in due grandi categorie: mezzi attinenti alla costituzione della norma e mezzi attinenti al suo funzionamento.

I mezzi della prima categoria interessano discipline speciali, come la scienza della legislazione, il diritto costituzionale, ecc., dalle quali possono essere ampiamente studiati. Noi dobbiamo limitarci ad accenni generici.

Innanzi tutto notiamo il fatto che la norma può tanto più armonizzare con le esigenze della vita e rifletterne le idealità, quanto più possono partecipare alla sua costituzione i diversi elementi, onde si compone l'aggregato. Perchè allora i due processi, quello per cui le idealità si costituiscono e quello per cui si traducono in atto, possono in certo modo combaciare. In altri tempi questa partecipazione si verificava in via diretta o pure indirettamente con l'azione delle forze sociali. Ora questa partecipazione tende ad organizzarsi formalmente con speciali istituti. Qui si affaccia in tutta la sua gravità il problema della rappresentanza, problema che ha dato origine a soluzioni erronee, tanto nella teoria che nella pratica degli Stati moderni; poichè, mentre da una parte si costituivano i grandi organismi politici a governo accentrato, dall'altra le tendenze individualistiche predominanti scioglievano i gruppi organici della convivenza o ne rendevano difficile la formazione. Si vide allora nel solo individuo l'elemento costitutivo dello Stato e si pensò ad una rappresentanza numerica. Ma

una rappresentanza puramente numerica, specialmente di fronte ad estesi gruppi d'individui, non può costituirsi, poichè le mancano le basi organiche. Di modo che si finì per riconoscere che la rappresentanza non è vera rappresentanza, ma un mezzo qualunque per costituire un organo statuale. Intesa in questo senso la rappresentanza perde la sua ragione di essere e non può più adempiere il suo compito di conciliazione fra la forma e il contenuto.

Ma bisogna aggiungere che in questi ultimi tempi lo spirito di associazione è risorto, promuovendo la formazione di gruppi organici di vario genere; e questo condurrà necessariamente a nuovi concetti e a nuovi ordinamenti e quindi alla formazione d'istituti rappresentativi meglio capaci di promuovere un adattamento del diritto alle condizioni della vita sociale, attenuando, riducendo, limitando per quanto è possibile l'azione delle cause di conflitto (1).

§ 122. — Non meno importante di questa partecipazione è il problema dell'elaborazione tecnica della norma. Con lo sviluppo del diritto si sviluppa il modo di elaborazione tecnica della norma e questa fornisce il mezzo di procurare una maggiore adeguazione del diritto alle esigenze della vita e della società. Se peraltro osserviamo come questa elaborazione si compie negli Stati moderni, dobbiamo dire che essa non è tale da bene adempiere questo compito. L'elaborazione della legge può infatti dividersi in tre stadî: il primo comprende la ricerca delle esigenze e dei rapporti, che la

(1) Si veda il mio scritto: *Concetto giur. moderno della rappres. pol.*, Perugia 1892 e i miei *Principii di dir. costituzionale,* II ed., pag. 288 e seg.

Fortunatamente la Legislazione fascista si è messa su questa via e ha compreso l'esigenza di una rappresentanza organica, basata, non sugli interessi egoistici delle classi, ma su organismi diretti a promuovere conciliazioni fra gl'interessi delle classi, quelle conciliazioni, che costituiscono il fondamentamento utilitario, nel senso etico, del diritto.

norma deve regolare, delle esigenze, cui deve rispondere, dei modi più adatti per rispondervi. È questo il periodo di preparazione e richiede, sia l'intervento delle persone competenti, sia la rappresentanza delle persone direttamente interessate. Il secondo comprende l'elaborazione definitiva e il coordinamento della norma nelle sue parti e con tutto il sistema del diritto esistente. Compito non meno importante del primo, poichè in esso sopra tutto emerge la funzione propria dello Stato di combinare e di conciliare gl'interessi divergenti, di congiungerli in forme solidali di cooperazione, di subordinarli al bene comune e ai comuni ideali di giustizia. Il terzo stadio comprende finalmente l'approvazione della norma nel suo insieme e la trasformazione in legge.

Ora questi tre stadî non sempre si svolgono secondo le esigenze di una elaborazione razionale, poichè nel primo stadio ordinariamente prevale l'azione della burocrazia; nel secondo, l'azione dell'esecutivo mal riesce a combinarsi con quella delle assemblee rappresentative, che spesso esercitano una funzione perturbatrice. Mentre poi nel terzo stadio le considerazioni di ordine politico, spesso estranee al contenuto tecnico della legge, ne ritardano o ne impediscono l'approvazione. A tal riguardo dobbiamo notare che non si è ancora prodotto un vero adattamento fra i processi di costituzione della norma e le condizioni che derivano dalla estensione e dalla complessità degli Stati moderni, per guisa da ridurre al possibile le occasioni di conflitto fra la forma e il contenuto. Ma un accenno a qualche trasformazione in questo campo si può osservare nella tendenza a sottrarre ai parlamenti le leggi più complesse per mezzo di speciali delegazioni legislative, o nella semplificazioni delle leggi, per lasciare ai regolamenti poteri più estesi. Sono provvedimenti imperfetti e inadeguati, ma possono preludere a riforme più adatte

tanto più che la convinzione circa l'imperfetto funzionamento legislativo dei parlamenti guadagna sempre più terreno (1).

Ma dobbiamo affrettarci a riconoscere che, per quanto progrediti possano essere i mezzi di questa categoria e per quanta efficacia possano esercitare sulla vita del diritto, essi non possono mai riguardarsi quali mezzi decisivi a causa appunto della natura astratta della norma, che quei mezzi non potranno mai modificare. La loro azione per ciò è sempre limitata, per quanto possano perfezionarsi i sistemi con i quali si attuano.

CAPITOLO V

Mezzi attinenti al funzionamento della norma. Il potere discrezionale.

§ 123. — I mezzi di conciliazione di questa categoria hanno una importanza eccezionale, sia per l'imperfezione attuale e anche per quella insita nei mezzi della prima categoria; sia perchè essi, pur mantenendosi entro i confini formali dell'ordinamento giuridico, possono esercitare un'azione continua ed accompagnare la norma nelle sue varie manifestazioni e vicende. Essi

---

(1) Anche a questi altri inconvenienti sta riparando, e ha già, in molta parte riparato la nostra legislazione fascista, togliendo ogni dipendenza del governo dalla camera elettiva, che sia contraria ai fini del diritto, procurando che la elaborazione tecnica della legge, sia fatta da persone competenti e impedendo che la discussione della legge degeneri in una accademia di chiacchiere.

possono in certo modo vivere la vita della norma e, quel che più conta, far vivere la norma in un dato modo. Perciò assumono la sua veste, sono mezzi di carattere tecnico-formale; ma a traverso di essi, le nuove esigenze trovano il modo di farsi valere. Riferendosi alla vita della norma, essi non possono venir adoperati se non dagli organi esecutivi e giudicanti.

Uno dei più notevoli di tali mezzi è quello che, con espressione generica, possiamo chiamare *potere discrezionale*. Consiste nella latitudine accordata agli organi incaricati di far valere la norma (e in genere di far funzionare l'ordinamento giuridico) per agire in armonia con gli scopi del diritto: è la cooperazione di quegli organi che la norma riconosce, tollera, o anche impone. Questo potere si estrinseca in due momenti diversi, nei quali assume diverso nome e diverso carattere, quantunque nei due casi abbia sempre l'efficacia di operare quale forza regolatrice e quale mezzo di adattamento del diritto alle nuove esigenze del contenuto: tali momenti sono quello dell'applicazione della norma e quello di compiere atti di governo. E perciò può venire adoperato, tanto dalle autorità governanti, quanto da quelle che giudicano; ma, di regola, non può venire adoperato dai privati, quantunque una qualche traccia di esso possa rinvenirsi tutte le volte che la norma rimette all'arbitrio degl'individui il seguire o no certe disposizioni, o statuisce alternative, o lascia facoltà di scelta fra diverse maniere di formalità, ecc.

Il potere discrezionale, quantunque si muova entro i limiti posti dal volere incorporato nella norma, pure implica il riconoscimento di una volontà diversa, che è chiamata a collaborare con criterî propri al funzionamento di quella. Per mezzo di tal potere una volontà estranea s'infiltra quindi nel comando e lo fa muovere in maniera da poter muoversi in armonia con le fasi della norma. È vero che questa diversa volontà è espli-

citamente o implicitamente riconosciuta dalla norma stessa, ma non è meno vero che essa si muove in una sfera, in cui la norma non penetra. Non potendo prevedere tutto, nè tutto regolare con precisione nei singoli casi, essa è costretta ad invocare la cooperazione di altre volontà. E le chiama, a dir così, in soccorso e se le subordina, finchè è possibile. Perciò vediamo che a questo mezzo essa a preferenza ricorre quando i rapporti sono molto complessi e mutevoli e non è possibile assurgere a casi tipici. Così il potere discrezionale occupa sempre un posto assai importante nella sfera dell'attività politica, anche negli Stati che si organizzano secondo il tipo dello stato giuridico.

Anzi è in quest'ultimo tipo che diviene evidente il carattere proprio del potere discrezionale, poichè esso sorge e si specifica a misura che la norma si obbiettiva e le sfere di attribuzione si delineano, sottraendosi all'arbitrio dei governanti. Il potere discrezionale è sempre un potere regolato, quantunque esternamente, e non può sorgere che in un governo in cui tutte le attribuzioni siano regolate. Allora anzi, oltre il potere discrezionale ordinario, può apparire quale speciale figura, un potere discrezionale straordinario, quando, ad esempio, gli organi governanti si assumono attribuzioni non proprie (le ordinanze di necessità) o quando queste attribuzioni vengono ad esso conferite dalla legge (decreti legislativi in seguito a leggi di delegazione, ecc.).

§ 124. — Ma non solo in questi casi eccezionali, anche nell'ordinaria esplicazione della loro attività gli organi governanti fanno uso di un potere che la legge loro riconosce per far realizzare le sue disposizioni o per metterli in grado di provvedere agl'interessi pubblici entro i confini del diritto. Questo potere essi lo esplicano, alla loro volta, per mezzo di comandi generici o di singoli provvedimenti.

Nel primo caso abbiamo il così detto diritto di or-

dinanza, il quale dà origine ad un insieme di norme rivolte alla realizzazione della legge o alla determinazione della condotta del governo entro i confini di essa. Esso è in parte una conseguenza del carattere astratto e generico della legge, la quale perciò non potrebbe tradursi in atto se non per mezzo di altre norme di carattere più concreto e più specifico, che vengano ad avvicinarla maggiormente alla realtà. Ma è anche conseguenza del suo carattere incompleto, dovuto alla impossibilità per essa di tutto prevedere in modo conveniente ed adeguato. In questo caso l'ordinanza ne costituisce una specie di completamento. L'importanza dell'ordinanza cresce a misura che le società si sviluppano e si complicano e quindi a misura che si complicano le funzioni del diritto; mentre la legge al contrario è costretta a generalizzarsi per contentare tante aspirazioni in contrasto e anche per l'incapacità degli organi legiferanti a prevedere ed a provvedere in maniera efficace. Così diviene sempre più impellente il bisogno di tutto un sistema di norme secondarie, che si frapponga, in certo modo, fra le disposizioni generiche e rigide della legge e le condizioni specifiche e mobili della realtà. Senza questo mezzo la norma non potrebbe discendere dalle sfere dell' astrazione in mezzo alla complicata e mutevole realtà della vita.

Ma, non è solo per mezzo dell'ordinanza, che si esplica la funzione governativa, essa si esplica anche con i provvedimenti singoli della vita di tutti i giorni del governo. L'ordinanza è anch'essa una norma e quindi una rigida astrazione, quantunque in un senso più limitato; si fonda anche essa su casi tipici, quantunque più specifici e più vicini alla realtà, come le piccole medie della statistica. Neanche essa può tutto prevedere e regolare e, al pari della legge, deve essere messa in azione per mezzo di atti quotidiani. Questi vengono compiuti dagli uomini, che governano ed amministrano, i quali, appunto perchè

uomini, hanno una propria iniziativa e devono averla, per provvedere alle esigenze quotidiane dello Stato. Tale iniziativa può essere ristretta, regolata, solo fino ad un certo punto, ma non si può togliere, senza togliere in pari tempo quella elasticità di movenze, quella facoltà libera di adattamento, onde gli organi del governo hanno sempre bisogno, trasformando il governo in un meccanismo inerte, incapace di regolare e di vivere. Cosicchè il potere discrezionale, in piccole e in grandi proporzioni, apparisce in tutte le manifestazioni della vita del governo.

§ 125. Questo potere acquista una speciale fisionomia e una importanza speciale nel funzionamento degli organi giudicanti, negli organi, cioè, il cui compito parrebbe quello soltanto di applicare puramente e semplicemente la norma. Pure, tale potere costituisce l'indispensabile istrumento per adempiere appunto nel modo migliore questo compito. Se non che qui il potere assume un carattere diverso. Nel primo caso infatti esso era il potere di provvedere ai bisogni dello Stato, entro i confini della norma e per i fini, che esso si propone, e perciò solo indirettamente si riferiva al funzionamento di questa; qui invece è il potere di provvedere all'attuazione della norma entro i confini della norma stessa; e perciò direttamente si riferisce al funzionamento pratico della norma. In questo caso adunque, il potere discrezionale è la latitudine concessa esplicitamente o implicitamente all'organo giudicante per adattare la norma al caso singolo. È in tale occasione che apparisce appunto nella sua massima evidenza tutta la impotenza della norma e tutta la necessità di un mezzo di conciliazione tra la forma e le situazioni di fatto. Il giudice si trova di fronte al caso singolo, che si rivela allora in tutta la sua individualità, con tutte le peculiarità proprie, per cui si differenzia da tutti gli altri casi consimili e si allontana più o meno dal caso

tipico, sul quale la norma si fonda. Onde, mentre questa, come sappiamo, dissocia ed astrae; il giudice è chiamato ad associare ed a concretare; e per far ciò, ha bisogno di usare il proprio discernimento, di muoversi entro una sfera libera, di apportare il contributo della propria volontà, al fine di congiungere le generiche disposizioni del comando con le peculiarità del singolo caso. Questo è ciò che si chiama, con una brutta espressione, l'*arbitrio del giudice* e che potrebbe meglio chiamarsi la *libera facoltà* del giudice, intesa, si capisce, in senso tecnico, quale una facolta, che si svolge entro i confini formali della norma.

Il ricorso a questo mezzo diviene tanto più necessario, quanto più i rapporti si complicano. Così, esso può apparire entro limiti assai ristretti del dominio del diritto privato, mentre acquista crescente importanza nel dominio del diritto processuale e del diritto penale. In quest'ultimo campo sopra tutto sono notevoli le conseguenze che va producendo a tal riguardo, lo spostamento dei criterî intorno alla concezione del reato e della pena. Quanto più il reato si considera quale un atto che prende tutto il suo carattere dall'agente, che lo ha commesso, tanto più la determinazione di norme rigide e precise, diventa impresa ardua e acquista rilievo la latitudine da lasciarsi al giudice.

Per un ordine di ragioni consimili, quantunque di carattere alquanto diverso, ha acquistato in questo campo importanza l'istituto della giurìa, nel quale si rivela, in fondo, un'altra manifestazione di potere discrezionale. Non ostante tutti gli inconvenienti, a cui ha dato occasione questo istituto, è indubitato che una delle ragioni che si possono invocare a suo favore, anzi la principale, è quella di poter costituire un mezzo straordinario di adattamento fra il diritto e le situazioni di fatto e quindi le aspirazioni della coscienza, che ad esse si collegano. Ma, perchè possa adempiere questo com-

pito delicato, occorre una radicale trasformazione di questo istituto, ispirata a criterii che valgano a fargli conseguire i fini del diritto, nel modo migliore, cercando di eliminare la possibilità di abuso dal potere straordinario, che gli viene conferito. Non è qui il caso di precisare quali possono essere questi criteri, poichè noi quì affermiamo il principio, e non possiano intrattenerci sulla sua pratica applicazione.

Ma dal punto di vista del principio su cui si fonda questo istituto una semplice valutazione teorica non è sufficiente, occorre anche guardare alla possibilità dell'attuazione pratica. Ora, come esso è attuato nel nostro paese, non può funzionar bene.

Prima di tutto, perchè il crescente tenicismo giuridico e la grande complicazione e specificazione delle norme, rende il gran pubblico, incapace di contribuire ad una valutazione illuminata all'arduo compito di attuare la norma nei casi, nei quali si richiede in intuito sicuro per giudicare, un atto indipendentemente dalle prove e contro prove addotte dalle parti. In secondo luogo, accanto alla valutazione tecnica, occorre una valutazione delle esigenze, in base ai criterii di giustizia, quali esistono nella coscienza di ognuno. In questo caso, l'una cosa non esclude l'altra, ed entrambe, cioè, la valutazione tecnica e la valutazione delle esigenze, ed entrambe possono combinarsi in un ordinamento opportuno.

Il modo, come si scelgono i nostri giurati, non offre alcuna garanzia della competenza nè nell'un senso e nè nell'altro. Circa la competenza tecnica, non è da discorrere neppure. E anche nella valutazione delle esigenze, basate sui criteri di giustizia.

Inoltre, il corpo dei giurati dovrebbe essere composto di persone, le quali fossero in grado di valutare il caso singolo, sia dal punto di vista etico, sia dal punto di vista giuridico, per conciliare nel miglior modo, la forma

col contenuto del diritto, nella decisione di fronte a quel singolo caso. Perchè qui l'interpretazione deve basarsi sulla valutazione, sopra tutto, di quei sentimenti, intorno alle idealità giuridiche, le quali si sono costituite spontaneamente nella coscienza pubblica, in quel dato momento storico e in quel dato paese. E quindi quel corpo dovrebbe riflettere questi convincimenti. Mentre anche qui l'attuazione pratica, non è menomamente corrispondente allo scopo.

La lista, su cui si scelgono i giurati, è fatta in modo da non offrire nessuna di queste garanzie; non solo, ma tra gli elementi, che vengono tirati a sorte, avviene una specie di selezione in senso inverso, poichè i soli relativamente capaci (e diciamo *relativamente*, perchè, più o meno, sono tutti incapaci) si fanno esentare, adducendo certificati medici, facendosi raccomandare ecc. E restano solo i più incapaci e i più ignoranti!

Quindi, questo istituto, se si vuole conservare, in base ai principii, che lo giustificano, dovrebbe essere radicalmente modificato, sia nella sua costituzione, sia nel suo funzionamento. Secondo noi, la riforma dovrebbe essere così compita: i magistrati della corte d'appello, sotto la cui giurisdizione si deve giudicare il processo, dovrebbero fare, ogni anno, una lista di tutti coloro, che hanno mostrato valore di giuristi, sia per le opere pubblicate, sia per la professione che esercitano, Ma non basta, occorre, che questi giuristi godano fama. di fronte alla pubblica opinione, di essere persone integerrime.

E quando si verificano reati, che devono essere sottoposti per legge alla corte d'assise, il primo presidente della Corte d'appello, sceglierebbe un certo numero di persone, chiamandole a giudicare. Queste persone sono atte a corrispondere alle tre esigenze, che abbiamo considerato, cioè la competenza tecnica; la competenza per

valutare il caso singolo, in base ai criteri di giustizia e quindi la rappresentanza organica dei convincimenti, che si sono formati nella coscienza morale del popolo, intorno alle idealità di giustizia. In questo caso potrà aversi una vera rappresentanza organica degli elementi sociali nel processo, perchè, si tratta di persone, che sono in grado di penetrare i sentimenti, che si determinano nella coscienza del popolo, in seguito alla commissione del reato.

Noi qui non possiamo entrare in particolari, ma dobbiamo limitarci ad accennare le direttive generali di una riforma radicale dell'istituto, come abbiamo fatto. Quindi rimandiamo ogni altra specificazione ulteriore ai giuristi, che per la loro competenza specifica potrebbero fare (1).

§ 126. — Ma una manifestazione cospicua di questo potere si ha nel diritto di grazia, generalmente attribuito al Capo dello Stato. In tal caso il potere discrezionale viene in certo modo a collocarsi al di sopra del diritto, per annullare o limitare gli effetti di certe norme.

Sorto storicamente quale un'attribuzione del Capo dello Stato, quale supremo organo giudicante, si conserva ora sotto forma specificata per adempiere appunto un alto compito di adattamento fra il diritto e il caso singolo, o per riparare, a tal riguardo, possibili imperfezioni dell'apparato formale o del suo funzionamento; ed apparisce perciò quale una conseguenza dei compiti di quell'organo come supremo potere coordinante in seno dello Stato. I diversi aspetti sotto i quali si presenta il diritto di grazia e gli elementi molteplic

(1) Il partito fascista potrebbe prendere a cuore la cosa e risolvere risolutamente un problema, che interessa molto l'attuazione del diritto e la sua sanzione.

che devono essere presi in considerazione per l'esercizio di esso (sopra tutto nei grandi Stati moderni e nelle nostre convivenze complesse) dovrà, prima o poi condurre ad una ripartizione di competenze, per guisa da lasciare al Capo dello Stato la sola valutazione degli elementi politici attribuendo poi a speciali organi giudicanti la valutazione degli elementi tecnici e specifici. S'intende poi che questo potere non dovrebbe essere abusato e impicciolito, riducendolo quasi ad un mezzo per celebrare certe pubbliche solennità. Esso non deve più riguardarsi quale una manifestazione della clemenza sovrana, ma semplicemente quale un istrumento di conciliazione fra la forma e il contenuto materiale del diritto. È soltanto sotto questo aspetto che può venire giustificato.

Un'altra, e non meno importante manifestazione di questo potere, l'abbiamo ora nella condanna condizionale, che può riguardarsi, non soltanto come un mezzo per ridurre il numero delle recidive, quantunque possa esserne questo uno degli effetti più visibili. Esso è innanzi tutto un modo fornito al giudice per adattare il diritto alle molteplici situazioni della realtà e quindi per subbiettivare possibilmente la pena.

§ 127. — Possiamo dunque conchiudere che il potere discrezionale, non è capriccio, non è potere arbitrario, ma è invece un potere disciplinato, che si deve muovere entro i confini della norma. Ma entro quei confini è potere libero, che va usato con discrezione, per attuare gli scopi che la norma si propone e non riesce sempre ad attuare o a formulare chiaramente. E non soltanto quelli che essa si propone in modo espresso, ma anche quelli, che implicitamente risultano dalle condizioni, in cui sorge, dalle idealità cui s'ispira, dalle esigenze, alle quali deve rispondere. Di modo che questo potere è, in certo modo, la facoltà concessa a certi individui, quali titolari di dati uffici, d'impre-

gnare, a dir così, il diritto di un contenuto sempre nuovo e vivente, di far penetrare nel suo seno le esigenze, che non potrebbero penetrarvi per altra via, senza sconvolgere, ad ogni istante, la sua compagine formale; insomma, di animare le formule astratte col soffio vivificante della realtà. Perciò i suoi confini non sono arbitrariamente posti, ma sono determinati in vista di questo scopo e di mano in mano, sempre più in armonia con esso.

Certo questo potere può essere anche abusato o cadere in mani incapaci, ma il diritto è opera umana e non può funzionare se non per mezzo degli uomini. Esso, come dicemmo, implica sempre un appello agli uomini di buona volontà e agisce bene, finchè tali uomini sono disposti a concorrervi e vi concorrono effettivamente.

CAPITOLO VI

Il principio di equità.

§ 128. — Il potere discrezionale, nelle sue diverse forme, richiama un altro importante mezzo di conciliazione, l'equità o principio di equità.

Il principio di equità non è una norma, si bene, come dice la stessa parola, è un principio direttivo, che opera sul diritto positivo, appunto perchè è fuori di esso e non può essere giuridicamente formulato. Possiamo avere una norma equa o una soluzione conforme all'equità, ma non possiamo avere una vera norma di equità. È per questo che quel principio può

diventare un eccellente mezzo di conciliazione. Infatti tutta la sua importanza dipende dal suo significato morale e ideale, dall'insieme d'idee e di sentimenti che esso sta a rappresentare di fronte alla norma positiva e quindi dagli spostamenti che provoca nel suo significato e nella sua applicazione, in forza di quelle idee e di quei sentimenti.

Il concetto più chiaro di tal principio rimane sempre quello di Aristotele (*Eth. Nic.,* V, 10; *Reth,* I, 13) che considera l'equità come la norma, che il legislatore avrebbe prescritto per quel singolo caso e la paragona al regolo lesbio, che, essendo di piombo, si piega per tutti i versi e può adattarsi alle sporgenze e alle insenature degli oggetti. È, in altri termini, la voce delle idealità giuridiche, quali si agitano nella coscienza collettiva o in quella delle persone più illuminate e quali possono combinarsi con quella specifica situazione di fatto. Essa non è la voce della sola giustizia, come generalmente si ritiene, ma di quelle sintesi psichiche, onde scaturisce il diritto. Perciò l'equità s'impregna di un contenuto diverso ed assume diverso colorito, secondo le esigenze dei diversi ambienti e delle diverse epoche storiche; e ora campeggia in essa il puro criterio di giustizia, ora la considerazione utilitaria, ora il sentimento di simpatia o di compassione, ecc. Così, il concetto romano dell'equità nel diritto classico è diverso da quello che si forma all'epoca giustinianea, sotto l'influenza del cristianesimo. È a causa appunto di questa proteiformità che riesce ad adempiere assai bene il suo compito di adattamento.

§ 129. — Le vie per cui la considerazione di equità penetra nel diritto positivo sono apparentemente due, che poi in fondo si riducono ad una sola. Esse sono: l'interpretazione e il potere discrezionale.

Le considerazioni di equità influiscono sulla interpretazione della norma, in quanto contribuiscono a farle

dare un significato più corrispondente alle esigenze del singolo caso. Si può dire che ogni interpretazione si svolge sotto l'influsso dell'equità, come si può scorgere dalla cura, con la quale si cercano di evitare le interpretazioni, che potrebbero condurre ad una ingiustizia, o ad un danno, o che urtano vivamente contro certi sentimenti diffusi in genere nella collettività. Ma non è questa la sola via per cui opera. Il principio di equità può farsi strada, per mezzo del potere discrezionale, sia mettendo in moto il potere riconosciuto dalla norma, sia inducendo anche alla formazione di un nuovo potere discrezionale. Infatti, chi deve applicare o fare eseguire il diritto, può essere dalla norma stessa autorizzato a seguire il principio di equità, ma può anche assumersi questo potere, ritenendo il suo atto informato ai principî stessi del diritto positivo, o agli scopi della legge. Molte volte queste cose non hanno nulla che vedere col caso speciale, ma valgono a nascondere la novità del principio, che per tal modo s'insinua nel sistema del diritto. Onde nè lo spirito della legge, nè i principî generali del diritto avrebbero potuto condurre a quella soluzione. Non il primo, perchè esso riflette pur sempre le vecchie idealità giuridiche, e non i secondi, perchè non offrirebbero addentellati solidi per la nuova soluzione.

Pure questo potere non è in genere pericoloso, poichè si costituisce in fondo per opera di quelle medesime cause, in forza delle quali il diritto nasce e si trasforma. Solo che tali cause qui operano rispetto a un caso singolo, a una specifica combinazione di rapporti, che richiede perciò una specifica considerazione. Generata da quelle medesime cause, l'equità non può essere un fatto arbitrario. Del resto non varrebbe condannarla o cercare di escluderla da questo dominio, perchè sarebbe lo stesso che voler condannare od escludere quella necessità delle cose e dei rapporti umani, in cui il diritto trova la sua

ragion di essere. Supposto che, dal punto di vista formale, sia un male, sarebbe uno di quei mali necessari, a cui l'organismo del diritto si viene adattando e lo trasforma anche in un bene fecondo.

§ 130. — Nell'equità bisogna poi distinguere tre momenti.

Essa può apparire, e in genere comincia con apparire, quale un criterio di giustizia, o meglio, quale una idealità giuridica di fronte al caso singolo, con una tendenza più o meno accentuata a tradursi in atto. È la tendenza propria di ogni idea e di ogni sentimento, che si riferisce alla condotta, proporzionale alla intensità delle esigenze e degli elementi ideali, onde risulta.

In un secondo momento l'equità è un risultato. Quando cioè quegli elementi ideali hanno raggiunto un massimo d'intensità, essi si traducono in atto per mezzo di un *fatto giuridico*, ad esempio, la sentenza del giudice.

Ma, una volta esplicatasi nel fatto, l'equità mostra ancora un'altra tendenza, quella di trasformarsi in norma di diritto. E molte volte riesce a trasformarvisi, allorchè il caso singolo apparisce quale un caso tipico o quale rivelazione di tutta una serie di casi consimili; o pure quando riesce a stimolare l'opera del legislatore, o a provocare quel processo di ripetizione, onde scaturisce la consuetudine. Ma una volta fissatasi in una norma, l'equità cessa propriamente di essere equità, poichè perde tutta l'elasticità di un principio direttivo e diventa comando rigido ed astratto.

Da ciò segue, che i momenti caratteristici dell'equità, sono propriamente i due primi e perciò occupa un posto intermedio fra l'elemento materiale e l'elemento formale del diritto. Così considerata, essa può definirsi quale *una idealità giuridica, che tende a tradursi in atto in un singolo caso e vi si traduce per mezzo di un potere discrezionale*. L'equità suppone sempre in fondo un certo potere discrezionale e tende sempre a costituirlo,

se non di diritto, almeno di fatto, anche quando apparentemente opera per mezzo dell'interpretazione.

§ 131. — Importante adunque è la funzione conciliatrice che l'equità esercita nei contrasti fra la forma e il contenuto del diritto, sia che tali contrasti derivino dai difetti intrinseci della norma, sia che prendano origine da difetti accidentali. Le attenuazioni, le eccezioni, che essa apporta rappresentano, come è stato osservato, il coefficiente che il calcolo statistico adopera per compensare gl'inevitabili errori delle medie. E la sua funzione conciliatrice è tanto più accentuata, quanto più è spiccato il carattere formale del diritto e perciò sono maggiori le possibilità di conflitto. Per ciò l'equità acquista maggior rilievo in quelle parti del diritto, in cui la norma si presenta più generica e più rigida, come avviene appunto nel dominio del diritto privato o in quelle parti del diritto pubblico, che più ad esso si avvicinano per la loro struttura formale; mentre nel dominio del diritto più propriamente politico, può perfino apparire una cosa strana l'appello al principio di equità. E pure non si può negare, che anche in questo caso operano quelle idee, quei sentimenti, quei principî, ai quali l'equità si ispira e anche quivi essa dispiega la sua azione per mettere in armonia la norma con le peculiarità del caso singolo, solo che quivi l'equità assume un aspetto diverso.

Sicchè, presa in un significato esteso e comprensivo, l'equità si può rinvenire in tutti i dominî del diritto, quantunque vi si presenti sotto diversi aspetti ed operi in differenti maniere, pur conseguendo in fondo il medesimo scopo. Così, può operare in seno degli organi politici di uno Stato e nei loro reciproci rapporti, ispirando una nuova pratica costituzionale; e può operare nei rapporti fra questi organi e gli organi di un altro Stato, ispirando una nuova pratica internazionale, pure, in seno degli organi amministrativi, suggerendo nuovi

criteri di opportunità o di giustizia distributiva; e opera in seno degli organi giudicanti, guidandoli nel compito di adattare la norma rigida alle mutevoli esigenze della vita. Essa può ispirare, tanto il legislatore, che emana certe leggi speciali, quanto il governo, che prende certi speciali provvedimenti, quanto il giudice che risolve il caso nuovo. L'equità insomma alita in tutto il campo del diritto il soffio della vita entro gli astratti schemi formali. Essa è infatti come lo spirito della realtà che anima l'organismo del diritto.

CAPITOLO VII

L'interpretazione.

SOMMARIO. — 132. Connessioni e differenze col potere discrezionale. — 133. Il diritto naturale e la codificazione. — 134. I metodi d'interpretazione. — 135. Il vero compito di essa.

§ 132. — Il mezzo, peraltro, col quale in modo più completo e più esteso si determina la conciliazione di quei conflitti, è l'interpretazione.

Dell'interpretazione abbiamo già discorso, trattando delle fonti del diritto, dobbiamo ora discorrerne sotto quest'altro aspetto. I due aspetti si completano, perchè l'uno suppone l'altro e serve all'altro di aiuto. Ma si presentano in maniera diversa e possono anche trovarsi in contrasto. Così, non sempre l'interpretazione diventa una fonte di fatto, e quando diventa tale, cessa per ciò stesso di esercitare una funzione conciliatrice. La giurisprudenza rigida è già una norma astratta e cessa quindi di operare quale mezzo di conciliazione.

Quantunque l'interpretazione, come sappiamo, venga

in genere adoperata da tutti gli organi intesi ad attuare ed a far valere il diritto, pure anche in questo caso acquista maggior rilievo rispetto agli organi giudicanti e per ciò rispetto ad essi a preferenza la consideriamo.

L'interpretazione si connette anch'essa col potere discrezionale, ma, formalmente, non si può confondere con questo. Il potere discrezionale è un potere autonomo conferito dalla norma, o che l'individuo crede di potersi attribuire in base alle sue disposizioni. È come uno spazio vuoto, che deve essere in certo modo riempito da chi vi si muove dentro e determinato dalla impossibilità, in cui si trova la norma di prevedere e regolar tutto ciò che andrebbe giuridicamente regolato. L'interpretazione invece è applicazione della norma e non suppone spazi vuoti, perchè deve sempre muoversi, almeno apparentemente, entro l'àmbito delle sue disposizioni e col semplice compito di applicarle, così come sono. Onde non ammette un vero potere autonomo, ma riconosce solo il dovere di ricercare il vero significato della norma per attuarlo quale risulta. Per l'interprete non vi sono adunque spazi vuoti, poichè, dal punto di vista formale si suppone che tutti gli spazi siano stati riempiti dal diritto obbiettivo; il suo cómpito consiste appunto nel dimostrare che tali spazi non esistono e nel riempire con le deduzioni tratte dalla norma stessa gli spazi che possono apparir vuoti. Non vi è quindi in tal caso un potere formalmente riconosciuto, ma ciò non toglie che vi sia allora un potere di fatto, determinato dalla necessità delle cose e dalla stessa natura del compito.

Chi interpreta, deve cercare di rendersi conto di una volontà estranea, del significato del comando, non in astratto, ma in concreto, rispetto à una singola situazione. Se poi si pensa che la volontà estranea è una volontà morta, obbiettivatasi definitivamente in una

espressione e in un'epoca più o meno lontana, di fronte ad esigenze, più o meno diverse, da quelle attuali; non può disconoscersi all'interprete una certa collaborazione, un certo potere d'intervento. Questo potere può essere anzi conferito dalla norma stessa, come quando essa lo autorizza a risalire ai principî generali del diritto, o all'intenzione del legislatore, o agli scopi, ecc. In questi casi essa riconosce all'interprete la facoltà d'intender la norma secondo criterî, che essa in fondo non specifica. Onde, non solo di fatto ma anche formalmente, si conferisce all'interprete un certo potere discrezionale. L'interpretazione e il potere discrezionale, in fondo, risultano più vicini di quello che non appariscono esternamente. Dal punto di vista esterno, il potere discrezionale è l'istrumento di adattamento, l'interpretazione è il prodotto di tale adattamento.

§ 133. — L'interpretazione è l'indice della vitalità e della potenza di adattamento del diritto, poichè esso in tanto vive, in quanto può essere interpretato. Vi sono però dei momenti, in cui l'interpretazione acquista speciale importanza. E ciò accade all'inizio dell'evoluzione del diritto, o pure quando il diritto, allo stato adulto, si trova di fronte a profonde trasformazioni della vita. Nel primo caso è in certo modo la forma che fa appello all'interprete per essere precisata e fissata; nel secondo caso è il nuovo contenuto, che lo induce alla ricerca di una nuova forma. Nell'epoca nostra poi un insieme di condizioni ha dato all'interpretazione un rilievo notevole. Dobbiamo rendercene sommariamente conto per meglio comprendere il carattere e la funzione di questo mezzo di adattamento del diritto.

Le dottrine del diritto naturale, fino ad una epoca assai recente, avevano costituito come una specie di diritto complementare, che valeva, fino a un certo punto, a supplire alle deficienze del diritto positivo. È

vero che esso si presentava come un diritto assoluto ed immutabile; ma questa immutabilità era solo apparente, era negli schemi astratti, nei quali si condensavano quelle dottrine, che nel fatto potevano poi riempirsi di credenze e di aspirazioni nuove. Sicchè, con l'autorità del diritto naturale, nuovi principî e nuovi criterî potevano infiltrarsi nel dominio del diritto positivo. Ciò non toglie peraltro che l'istrumento fosse assai imperfetto, prima di tutto, per quel preconcetto della sua immutabilità, che poteva sempre sviare le menti da una chiara percezione delle esigenze nuove; in secondo luogo, per la varietà d'interpretazione, cui andava soggetto a causa della sua stessa astrattezza; in terzo luogo, per la confusione che generava fra il diritto positivo e la semplice idealità giuridica, per cui anche l'arbitrio individuale poteva trovare il modo di affermarsi come vero diritto.

L'impotenza del diritto naturale appariva ancor più evidente di fronte alle imperfezioni del diritto praticato. Eravamo al periodo dei governi dispotici, quando le leggi, non solo riconoscevano il più largo arbitrio alle autorità, ma tolleravano anche ed erano in certa guisa costrette a tollerare, le più capricciose interpretazioni dei giudici. Il diritto, oltre che nell'ammasso confuso di leggi e di consuetudini appartenenti ad epoche diverse e perciò spesso in contrasto fra di loro; risiedeva, come era naturale in tali condizioni, nella giurisprudenza giudiziaria e in quella dei giuristi e quindi nella farragine, alla sua volta confusa, delle soluzioni più disparate e contraddittorie. Il giudice vi acquistava un potere discrezionale quasi illimitato, ma il diritto perdeva ogni certezza. Gli schemi astratti del diritto naturale, con la varietà delle loro interpretazioni, anzi che diminuire, potevano accrescere le incertezze. Contro questo stato di cose reagì la codificazione.

Sotto un certo aspetto la codificazione era la figlia

legittima del diritto naturale, poichè ne riproduceva alcune delle tendenze razionaliste e il presupposto della immutabilità del diritto. La scuola storica aveva voluto opporsi a quelle tendenze, ma la sua opposizione, quantunque valesse a determinare tutto un fermento e una fioritura di studî sulla vita e sulla storia del diritto, non fu molto efficace, perchè mancava ad essa un saldo fondamento scientifico e anche la percezione chiara delle esigenze, alle quali obbediva il movimento codificatore. Attingendo largamente alle ragioni del sentimento, come tutta in genere la scuola romantica, con la quale si collegava, essa non poteva pienamente comprendere il carattere, che la norma assume e deve necessariamente assumere in un periodo avanzato di evoluzione e perciò non era in grado di valutare quella *vocazione* del secolo per la codificazione del diritto.

Il movimento codificatore potè così affermarsi con l'esagerazione delle stesse esigenze, onde era promosso e condurre alla credenza, che il diritto potesse tutto fissarsi per un tempo indeterminato. Di fronte a tale credenza, non trovava alcun posto una dottrina sulla interpretazione. *Ubi lex velui, dixit*, l'unico compito dell'interprete deve essere di applicarla così, come è. Ma la tendenza codificatrice andò anche più in là, essa volle codificare l'interpretazione. Ora, che si possano fissare alcune regole d'interpretazione, non vi è dubbio, ma con ciò non si può togliere ogni potere all'interprete. Le regole dell'interpretazione sono regole logiche e perciò formali, capaci di ricevere i contenuti più diversi; non sono esse che insegnano il buon senso a chi ha il cervello storto, come non sono esse che infondono la forza creatrice al cervello del pensatore. Così, non sono esse che potranno indicare con precisione in che maniera, caso per caso, l'interprete potrà ricondurre le singole situazioni di fatto sotto le generiche disposizioni della norma.

§ 134. — Ma, mentre il diritto s'irrigidiva con la codificazione, la vita sociale si complicava, assumeva un grado di complessità e di mobilità, come forse non aveva mai presentato e nuove esigenze si affermavano, producendo radicali trasformazioni nei rapporti della vita e rendendo sempre più difficile il compito di fissarli per mezzo di norme obbiettive. Da qui la profonda contraddizione, che affatica la moderna vita del diritto. La codificazione vuole che le norme si fissino per una epoca indeterminata; i rapporti sono invece in uno stato di continua trasformazione; la codificazione vuole prevedere in un dato momento e con precisione quasi assoluta, tutte le possibili combinazioni di rapporti; la vita moderna è invece così complessa, che non lascia preveder nulla con precisione: la codificazione vuole il trionfo definitivo del caso tipico; la società moderna traversa un periodo di sviluppo così proteiforme, da rendersi quasi inconciliabile col caso tipico. Insomma, tutti i contrasti ai quali abbiamo accennato, si acuiscono e raggiungono il massimo della loro intensità. La codificazione, prodotto essa stessa della vita sociale e del diritto, si mostra poi inadeguata ai compiti nuovi del diritto.

Da ciò l'importanza e lo sviluppo della interpretazione, che prima in modo timido e quasi di nascosto, poi in modo manifesto ed ardito, cominciò ad affermarsi e ad operare nel fatto e ad annunziarsi con una quantità di teorie. Era la necessità delle cose che s'imponeva, come si era imposta con la codificazione. E si cominciò col metodo logico, il metodo delle analogie, delle deduzioni, delle costruzioni, quello che poteva apparire meno innovatore e pericoloso, poichè edificava con gli stessi elementi con i quali era costruita la norma, cioè con i concetti. E a questo metodo si rivolse a preferenza la codificazione quando volle disciplinare il compito dell'interprete. Esso culminava nella concezione

della volontà o della intenzione del legislatore, come quella che poteva sembrare più atta a rivelare il significato vero della legge. Cercare quale fosse questa volontà non poteva significare altro che cercare il modo di mantenervisi fedele. L'interprete, in certo modo, spariva, diventava tutto al più l'intermediario di quella volontà.

Ma, così inteso, questo metodo si mostrava essenzialmente chiuso alle nuove esigenze della vita. Costruendo con gli stessi materiali della norma, poteva apparire atto ad infondere ad essi un maggior ordine e una migliore coerenza, ma non ad armonizzarli con le nuove situazioni di fatto. L'intenzione del legislatore si era formata di fronte alle esigenze di un tempo, non a quelle nuove. E poi mancava ad esso il primo fondamento. Chi era il legislatore, di cui bisognava cercare l'intenzione? Nel fatto, non vi è *un* legislatore, ma un insieme di persone concrete, che in vario modo collaborano alla formazione della legge. Ciò accade anche nei governi più assoluti, tanto più deve avvenire nei governi liberi, in cui la elaborazione della legge passa per tanti stadi e richiede il concorso di tante persone. Nel fatto l'intenzione del legislatore si polverizza in tante intenzioni e se si vuole trovare una intenzione unica, bisogna ricercarla nella forma obbiettivata, che quelle tante volontà hanno assunto, cioè nella espressione della stessa legge. Sicchè il metodo si chiudeva in un circolo o era, in fondo, costretto a ricorrere ad elementi estranei alla stessa norma.

Una più viva preoccupazione delle esigenze della vita, indusse alla ricerca di nuovi metodi e si delineò a traverso una varietà di tendenze e d'indirizzi il metodo poi denominato storico-evolutivo. Esso discende in qualche modo dal metodo logico, ma gli si contrappone. Ne discende in quanto parte anch'esso dal concetto della norma quale volontà obbiettivata; gli si

contrappone, perchè vuole infondere a questa una vita propria, un'anima che la vivifichi e la faccia muovere. Considerare il diritto come una forma vivente costituisce appunto il merito incontestabile di questi nuovi indirizzi.

Essi escono dal formalismo per entrare nella realtà; ma con ciò non si voleva abbandonare il punto di vista obbiettivo: solo che questo, invece che dalla legge soltanto, avrebbe dovuto risultare dal rapporto fra la legge e le condizioni della vita.

Il contrasto tra i vecchi e i nuovi metodi viene chiaramente indicato da un recente scrittore in poche parole: « Prima fu il modo come l'interprete intendeva un testo; poi il pensiero che aveva avuto il legislatore: si aggiustava l'espressione per mezzo del suo pensiero. Esso è, in fine, la necessità che ha animato l'intenzione del legislatore; si raddrizzano, con lo studio delle necessità, le imperfezioni e le lacune dell'intenzione » (1).

Ma come si fa a render viva una forma morta, una forma obbiettivatasi in un dato modo? Alcuni rispondono: con lo scopo, tenendo di mira i bisogni, onde la norma è stata suggerita. Sono essi che ne costituiscono il punto di partenza, la fonte prima. Se non chè quale è lo scopo della norma, quali sono i bisogni, che l'hanno suggerita? I bisogni si modificano, gli scopi quindi si spostano. Prendendo quale criterio d'interpretazione lo scopo, può avvenire che si prenda per punto di partenza uno scopo che più non si desidera, perchè non armonizza più con i bisogni nuovi; o pure che si attribuisca alla legge uno scopo, che essa non si proponeva, perchè non poteva balenare in mente, nelle condizioni in cui sorse. Nel primo caso l'interpretazione

(1) Van der Eycken, *Méthode positive de l'interpretation juridique*, Paris 1907.

non adempie il suo vero compito, e nel secondo caso esso introduce sulla norma una volontà nuova, che è quella dell'interprete.

I nuovi indirizzi implicano tutti, più o meno, implicitamente o esplicitamente, un intervento della volontà dell'interprete, una collaborazione attiva di esso alla vita del diritto. Questo elemento si è anzi andato mano mano accentuando in un indirizzo, che si è sviluppato a preferenza in Germania ed ha avuto un certo seguito anche negli altri paesi, prendendo la denominazione di *diritto libero*. Nelle sue esagerazioni venne formulato in un noto opuscolo del Kantorowicz (1). Secondo tale dottrina, l'interprete è tenuto ad attenersi alla legge finchè essa è chiara ed univoca e contiene una disposizione precisa per il caso da giudicare; ma se la legge è oscura o una tale disposizione manca, egli può decidere liberamente, secondo la sua volontà. La libertà dell'interprete apparisce più chiaramente quando si pensa che, secondo questa dottrina, la legge è sempre piena di lacune, anzi in essa le lacune sarebbero più delle parole. Sicchè questo indirizzo si presenta in perfetta antitesi con l'indirizzo logico: per questo infatti l'interprete era un semplice intermediario della volontà del legislatore; per quello egli è invece un vero e proprio creatore del diritto. Ma tanto l'uno che l'altro, disconoscono il vero compito dell'interprete, poichè, mentre il vecchio metodo irrigidiva il diritto in un formalimso morto; il nuovo toglie al diritto ogni certezza e alla volontà obbiettiva, sostituisce l'arbitrio individuale.

§ 135. — Il vero compito dell'interprete non poteva essere compreso finchè non si comprendeva il vero carattere del diritto e dei concetti giuridici. Il diritto non è un semplice insieme di norme, e la norma non è un semplice gruppo di disposizioni. Esso è invece un si-

(1) *La lotta per la scienza del diritto,* trad. Majetti, Palermo 1908.

stema di norme, organicamente collegate le une con le altre, per guisa, che gli spostamenti, prodotti in ciascuna non possono non riflettersi, più o meno, in tutte le altre: e ciascuna norma è un sistema di disposizioni, che si richiamano e si completano reciprocamente e risentono tutte le modificazioni, che si verificano in una di esse. A causa di questa organica unità, il diritto costituisce un tutto vivente, perchè ogni nuova legge, ogni nuova consuetudine, si riflette su tutto il sistema ed imprime ad esso un spirito nuovo, un nuovo elemento di vitalità.

Oltre a ciò, i concetti, su cui le norme si fondano, non sono veri concetti logici, ma sono concetti empirici, concetti cioè fondati su semplici generalizzazioni e quindi essenzialmente elastici. I giuristi hanno già notato che il diritto è spesso costretto di fare appello a concetti elastici, capaci di ricevere significati diversi, secondo le diverse condizioni di fatto, come *cosa*, *buon padre di famiglia, giusto prezzo*, ecc., e che questi concetti costituiscono in certo modo i polmoni per mezzo dei quali entra nel suo organismo la vita della realtà. Ma bisogna fare un passo più oltre e riconoscere che tutti i concetti giuridici sono di questo genere, perchè sono concetti a contenuto empirico, e cioè non sono veri concetti. Essi non possono avere un significato fisso, perchè manca appunto ad essi il carattere della universalità e della necessità; e sono per loro natura concetti generali e contingenti, relativi a un dato modo di pensare, quale si è determinato in una data epoca storica, in un dato periodo di cultura, rispetto alle condizioni di fatto, che è chiamato a regolare. E perciò mutano di contenuto secondo che le esigenze richiedono, quantunque sembrano immutabili per la loro esterna struttura e nella loro espressione verbale. Onde, volendo continuare il paragone messo innanzi da alcuni giuristi, potremmo dire che non è soltanto per mezzo dei pol-

moni che il sistema giuridico respira, ma a traverso tutti i pori del suo organismo. I concetti innanzi indicati sono quelli che presentano maggiormente queste caratteristiche e possono costituire gli organi della respirazione più appariscente; mentre gli altri la presentano in maniera meno marcata e costituiscono gli organi della respirazione meno appariscenti. Ma tutti in genere i concetti giuridici, in maggiore o minore proporzione, presentano questa caratteristica, e perciò le norme, che su di essi si fondano, diventano capaci di regolare le molteplici e variabili situazioni di fatto.

A causa appunto di questo carattere dei concetti giuridici, l'interprete può sempre esercitare una funzione di adattamento, senza uscire dai limiti formali delle norme. E infatti questo compito ha sempre esercitato, quantunque in maggiore o minore proporzione e anche in forme diverse e secondo la natura dell'ordinamento formale e le attribuzioni che vennero conferite agli organi giudicanti. Così vediamo come esso sia diverso nel pretore romano e nel giudice inglese, che gode estesi poteri e negli Stati moderni, che si attengono strettamente alla dottrina della divisione dei poteri e vorrebbero trasformare il giudice in un meccanico istrumento di applicazione della legge. Ma ciò non significa che nel primo caso gli organi si muovano senza freno e secondo l'arbitrio dei loro titolari, o che nel secondo caso essi siano effettivamente strumenti meccanici di applicazione della norma. L'interprete crea sempre qualche cosa, poichè, per ricondurre il caso singolo sotto i concetti empirici della norma, deve pur intendere in un dato modo quei concetti; ma in pari tempo egli non può intenderli in un modo arbitrario, poiche il diritto allora si dissolverebbe in un insieme di atti singoli e perderebbe ogni coerenza e certezza. Egli li deve intendere e infatti li intende, come vengono in media intesi in quell'ambiente, in quelle date condizioni di cultura, e via di seguito.

Gl'interpreti hanno sempre fatto questo e lo hanno fatto in tutti i tempi, basta citare per tutti, il modo come interpretavano il diritto romano Bartolo e i giuristi di quella scuola. Sotto questo aspetto i seguaci del diritto libero non ci apprendono nulla di nuovo. Ma quello che essi non vedono, è il limite entro il quale si svolge il potere creatore dell'interprete e il modo come esso funziona. Il problema non risiede nel riconoscere all'interprete il potere di adattamento del diritto, cioè la facoltà di animare e di muovere il sistema giuridico; compito che egli non può adempiere, senza un intervento attivo della sua volontà e quindi senza dispiegare una certa energia creatrice. Ma risiede nella determinazione dei limiti, i quali non possono essere dati, se non dal diritto stesso e dai convincimenti giuridici dell'ambiente, in cui il giudice si muove. Questo è ciò che appunto non vedono i seguaci del diritto libero.

Ora questi limiti il diritto può fornirli, perchè la sua struttura formale poggia su qualche cosa che sta al di là della nuda forma, sta su certe comuni maniere di pensare e di sentire che animano quella forma e permettono, diciamo così, un continuo ricambio di materiali in seno dell'ordinamento formale, senza sconvolgerne la compagine. Le moderne dottrine sulla interpretazione sentono vagamente l'esistenza di questo fatto, quando parlano di *giurisprudenza degl'interessi*, di *natura positiva delle cose*, *ricerca dell'utilità sociale* e via discorrendo. In esse apparisce il bisogno di dare all'interpretazione del diritto positivo una base che stà al di là della sua struttura formale, di attingere ad una fonte di ordine più elevato.

La scomparsa del vecchio diritto naturale ha lasciato una specie di vuoto a tal riguardo. Per un certo tempo si credette di poterne fare a meno e si ritenne di aver detto tutto quando si fosse affermato che il diritto è

quello soltanto proveniente dai poteri costituiti. Al più si ammetteva potersi parlare *de lege ferenda* come di una specie di diritto di là da venire. Ma in questi ultimi tempi le idee a tal riguardo si sono andate modificando e si è cominciato a comprendere che il diritto positivo non è tutto il diritto, è solo il diritto formulato e che oltre ad esso vi è un diritto che cerca la sua formula e preme per ottenerla. Esso è appunto costituito dalle idealità giuridiche, le quali, a poco a poco si formano nelle coscienze in rapporto alle esigenze nuove o alle condizioni, che nel diritto positivo non vennero considerate, o non vennero considerate secondo il loro valore. Esse vivono nelle coscienze in uno stato di subbiettivismo, a così dire, diffuso, che tende peraltro ad obbiettivarsi, a tradursi in atto. La esistenza di queste idealità, sotto una forma o sotto un'altra, viene ora generalmente ammessa, non solo dai filosofi, ma anche dai giuristi.

E da queste idealità derivano, in ultima analisi, quei convincimenti, che dentro le vecchie forme introducono elementi nuovi, giovandosi del carattere empirico dei concetti giuridici e di un insieme di mezzi tecnici, quali ad esempio le costruzioni, le finzioni, l' equità, ecc. I quali più o meno si propongono di far penetrare le convinzioni nuove entro le forme esistenti. Non comprendono il vero carattere di tali mezzi coloro che li considerano quali mezzi artificiosi e poco sinceri. Essi al contrario hanno il compito grave di conservare la compagine formale, l'unità, la coerenza, la certezza del diritto; di mantenere la credenza intorno alla sua immutabilità, senza di che il diritto perderebbe ogni forza regolatrice; ma nel medesimo tempo di permettere che l'elasticità dei concetti giuridici si muova entro i limiti delle esigenze e in forza delle convinzioni. Per tal modo le idealità costituiscono la guida, come la fonte remota dell'interprete, quella fonte, alla quale esso attinge, non

secondo il suo arbitrio, ma secondo che consigliano o impongono le condizioni di fatto e le convinzioni generalmente diffuse. Egli crea, ma crea secondo il diritto e dentro i confini della sua compagine formale e perciò giuridicamente la sua creazione non apparisce e non deve parer tale, quantunque sia tale nel fatto, sia dal punto di vista psicologico, sia per gli effetti che produce. Funzione assai delicata, che non poteva essere percepita in tutto il suo vero carattere allorchè la codificazione credeva di poter porre limiti insuperabili al compito dell'interpretazione.

Ma le condizioni in forza delle quali era sorto il movimento codificatore, si vanno ora rapidamente modificando. Le profonde e rapide trasformazioni sociali, il moltiplicarsi delle leggi, l'imperfetto funzionamento degli organi legiferanti, hanno resa sempre più necessaria e hanno messo sempre più in rilievo la funzione dell'interprete. Si ritorna in certo modo a quello stato di cose che precedette l'epoca della codificazione e che suggerì il primo scritto di Gaetano Filangieri, ma vi si ritorna in condizioni diverse. Mentre allora il diritto era una amalgama confuso di leggi, di ordinanze, di consuetudini, di disposizioni oscure e contradittorie, che rimontavano ad epoche diverse; e la magistratura, alla dipendenza dell'esecutivo, non era, per giunta, all'altezza del suo arduo compito; ora invece il diritto si fonda in gran parte su leggi recenti e il giudice, indipendente e illuminato, è in grado d'informarsi alle esigenze nuove. E mentre allora era debole o nullo il sindacato dell'opinione pubbica: ora questa è diventata la suprema direttrice e moderatrice della vita del diritto, e non ostante le perturbazioni e gli sviamenti, che può produrre, è sempre un riflesso delle nuove aspirazioni. Come in tanti altri fenomeni, abbiamo un ricorso apparente e un progresso effettivo.

Prima di chiudere questo capitolo, dobbiamo discor-

rere di un metodo speciale d'interpretazione, che vale soltanto per il nostro diritto positivo e che è un metodo importante, poichè, come vedremo, conferisce al nostro giudice la più ampia libertà d'interpretazione, senza uscire dai limiti formali del diritto. Esso è contenuto nell'art. 3 delle disposizioni preliminari premesse al nostro Codice civile. Il secondo capoverso di questo articolo è così concepito: « Qualora una controversia non si può decidere, con una precisa disposizione della legge, si avrà riguardo alle disposizioni, che regolano casi simili e materie analoghe, ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto ».

In forza di questa disposizione, al giudice viene dato un ampio potere discrezionale, nel senso largo della parola, assegnato a questo potere, quando ci siamo dovuti occupare di esso, nel cap. V della parte III, di questo manuale. Cioè, viene assegnata al giudice una sfera libera, nei limiti formali della norma giuridica, a fine di potere rinvenire la decisione più adatta, per risolvere nel modo migliore il caso singolo, che viene sottoposto al suo giudizio.

Su questo metodo d'interpretazione, molte sono state le discussioni tra i nostri giuristi; come molte sono state le soluzioni proposte. Ma, dopo lungo discutere, si è venuti alla conclusione, accettata dalla gran maggioranza dei nostri giuristi, che per *principi generali del diritto,* bisogna intendere i principii che scaturiscono dal modo, come il nostro ordinamento giuridico è costituito e funziona. Noi precisiamo meglio. Questo metodo d' interpretazione si fonda su di un processo logico induttivo, di cui la premessa maggiore è la constatazione, non solo del modo come il nostro ordinamento è costituito e funziona; ma anche dal modo, come si va evolvendo e dello spirito nuovo, che ad esso infondono le riforme legislative.

In questi ultimi tempi, il prof. Del Vecchio, nella prolusione, con la quale inaugurava il suo corso di filosofia del diritto nella facoltà giuridica di Roma (1), proponeva una soluzione del problema molto diversa, da quella che avevano accettato la maggior parte dei giuristi. Con questa sua teoria nega, in primo luogo, che parlando di sistema del diritto possa intendersi il diritto positivo italiano. E in secondo luogo, afferma, che i principii generali del diritto, non siano altra cosa, che il diritto naturale, in quanto assorbito dal diritto positivo italiano. Questo, avrebbe fatti propri i principii del diritto naturale, sicchè, noi possiamo ricorrere al diritto naturale, allorchè si tratta d' interpretare l'ordinamento giuridico.

Quanto al primo punto, il Del Vecchio ritiene che « una limitazione etnica così fatta, esula interamente dallo spirito, non meno che dalla lettera della legge ». Questa non poteva avere di mira un principio di diritto nazionale, del resto allora appena in formazione, ma doveva manifestamente riferirsi alle supreme verità del diritto, in genere, che per essere razionali ed umane, sono virtualmente comuni ai diversi popoli.

Noi non neghiamo, che in ogni sistema giuridico positivo, accanto agli elementi propri, elaborati dalla coscienza del popolo e dalla coscienza dei suoi giuristi, vi siano elementi comuni, elaborati da gruppi di popoli e dalla generale coscienza giuridica. Ma questo elementi comuni, intanto valgono, come diritto, in quanto vengono incorporati dall'ordinamento giuridico dello Stato. Dobbiamo sempre tener presente, che il diritto, non è un prodotto della sola ragione astratta, ma è anche, e sopratutto, un prodotto della volontà di uno Stato, o accettato da quella volontà. Dobbiamo quindi conside-

(1) *G. Del Vecchio*, Sui principii generali del diritto. Modena 1921.

rarlo come diritto di quello Stato. Pur ammettendo, che vi sia una *ratio juris*, che apparisce a traverso ai singoli istituti e, in genere, a traverso di tutte le disposizioni positive, questa *ratio juris* non può essere qualche cosa di subbiettivo, vagante fra le nuvole delle aspirazioni vaghe; si bene, deve risultare dal diritto positivo stesso. Non può essere sovrapposta ad esso, senza pericolo di falsare il vero significato e la vera natura del diritto esistente.

Onde, una limitazione tecnica, non può essere una cosa assurda, a proposito del diritto, anzi è, anche essa, una cosa pienamente razionale, se si pensa ad una razionalità concreta e non astratta. Non dobbiamo mai dimenticare, che il diritto è un fatto empirico e perciò non può obbedire ad una razionalità assoluta, se non come fatto empirico, cioè, se non come esponente di bisogni della vita e delle esigenze diverse, che si verificano nei vari popoli. Non possiamo perciò invocare i principii di un razionalismo astratto, per valutare il processo d'interpretazione, affermato dal nostro diritto. Il giurista, che ciò facesse, si troverebbe allora fuor di strada e invece del diritto, farebbe dell'etica, anzi dell'etica astratta.

Ma, a proposito dell'etica, dobbiamo osservare, che questa dottrina manca del fondamento etico del diritto, che è il più importante. Ed ecco perchè. Essa si basa su di una concezione assoluta della eguaglianza, invocando il principio di giustizia. Ma l'eguaglianza e la giustizia non possono essere di una assolutezza astratta, ma devono solo avere un valore relativo e concreto. Infatti essa afferma una identità assoluta fra tutti gli individui e fra tutti i popoli. Se questo genere di eguaglianza potesse affermarsi, toglierebbe ogni differenza fra di loro e annullerebbe ogni individualità. Mentre, il principio di giustizia vuole una parità di trattamento, nella parità di condizioni, quando le condizioni sono

eguali e una disparità di trattamento, quando le condizioni sono disuguali. E questo si è verificato sempre nel diritto, perchè questo principio si basa sulla logica del diritto e sui fini, che esso deve conseguire.

Quel che ha variato e continua a variare, è il modo, come si verificano le condizioni e le differenze a traverso alla storia, in base alle esigenze diverse dei vari individui e dei vari popoli. E questo fatto è insito nella storia dello incivilimento, perchè l'attività umana, obbedisce, nel progredire, a due esigenze diverse, a quella della crescente parificazione e a quella di una crescente specificazione e quindi di un crescente differenziamento e di una crescente individuazione.

Bisogna però osservare, quanto al differenziamento, che esso si è basato, attraverso alla storia su due criterii diversi, messi in rilievo dal Durckeim, nel suo libro, sulla divisione del lavoro sociale. Il primo di questi criterii, il più antico è quello, che si fonda, dal punto di vista individuale, sulla struttura anatomico-psicologica degli individui; e dal punto di vista sociale, si basa sul principio di casta e di classe, affermando che gl'individui componenti di ciascuna classe, o casta, siano, per loro natura, diversi da quelli di ogni altra classe.

Ma, a poco a poco, si viene adottando l'altro criterio, che il Durkheim chiama *criterio funzionale* in contrapposizione all'altro, che chiama *strutturale*. Secondo questo criterio, la constatazione delle differenze, viene fondata sulle forme delle attività funzionali, perchè sono basate, non più sulla struttura, ma sulle funzioni, che esercitano gl'individui e gli organismi, composti di individui. Delle due la prima è incompatibile col progresso dello incivilimento e tende a scomparire. Esiste ancora in un caso solo, eccezionalmente, nel caso della differenza dei sessi. E se la seconda è conforme al progresso, anzi ad una esigenza del progresso, occorre, che il diritto la tuteli. Senza questa tutela, si produrreb-

bero delle disuguaglianze ingiustificate. E siccome i due processi, quello di differenziamento e di specificazione delle attività umane, crea una esigenza del diritto, una parità perfetta ed astratta dei diritti, è una cosa insostenibile. Quindi la teoria che critichiamo, mantiene conto di questa esigenza, e non ne tiene conto a sufficienza, misconoscendo in base a una concezione errata del progresso, ogni processo d'individuazione delle personalità e ogni forma di divisione e di specificazione delle attività umane.

E non basta opporre, che qui si afferma una parificazione soltanto basata sui lati essenziali della individualità, mediante l'eliminazione dei lati, che non hanno permanenza e perciò non hanno importanza. Ma ciò è insostenibile, chè gl' individui non hanno solo identità astratte, che li rende assolutamente simile fra loro, come avvien nelle concezioni panteistiche, ma hanno attività autonome e lati differenti e sono queste attività appunto che creano lo sviluppo e la storia dell' umanità.

Quanto poi all'obbiezione, che questo principio veniva affermato, quando il diritto positivo non si era costituito, o era ancora in uno stato di formazione; dobbiamo notare che questa obbiezione non ha nessun fondamento storico e neppure etico. Circa il fondamento storico, un sistema giuridico non si può costituire tutto intero in un dato momento, senza rispettare nessun diritto preesistente, poichè questa è una cosa inconcepibile, in quanto il diritto deve conformarsi alle esigenze e ai bisogni della vita sociale, i quali non mutano da un anno all'altro. Anche le rivoluzioni più radicali non possono mutare tutto il diritto, ma solo alcune parti di esso. Quanto al fondamento etico, la teoria non appare meno insostenibile, perchè un mutamento così improvviso, creerebbe un monte di ingiustizie.

Quanto al secondo punto di vista, a cui si riferisce

la teoria, cioè a quello, secondo il quale, i principii generali del diritto, sarebbero non altra cosa, che il diritto naturale, perchè esso è completamente assorbito dal nostro ordinamento giuridico; si può rispondere che questo assorbimento non può aver nessun valore per il procedimento della interpretazione. Questo procedimento deve essere in questo caso un processo induttivo, di cui la premessa maggiore è l'analisi dei principii del diritto positivo e dello spirito che l'informa. Mentre ricorrendo all'ipotesi di un diritto naturale, assorbito nel processo d'interpretazione, il processo logico si capovolge e diventa un processo deduttivo, di cui la premessa maggiore è l'affermazione di un diritto astratto, il quale non è capace di risolvere i casi singoli, poichè questa soluzione non può avvenire se non con la constatazione dei fatti e dei rapporti specifici, i quali non possono essere regolate che da norme specifiche. Non bastano le affermazioni generiche, poichè esse possono generare l'arbitrio del giudice.

Prendiamo quale esempio l'affermazione generica del principio della personalità. Essa è la base di tutti i diritti della personalità e quindi la potenzialità generica di potere esercitare tutti i diritti della personalità, e questa potenzialità viene messa in atto, quando si verificano le condizioni, che le norme pongono per l'esercizio dei diversi diritti della personalità del giudice, quindi nella sua interpretazione, non può riferirsi a quella potenzialità, ma deve riferirsi alle norme specifiche e alle disposizioni specifiche, che regolano i singoli diritti specifici in conformità delle condizioni determinate dalla norma.

Questa teoria a questo riguardo oppone, che l'interpretazione non deve seguire soltanto la via ascendente dal particolare al generale, ma deve seguire anche la via opposta, quella che dal generale discende al particolare. E questo principio è un principio generale che, insito nella

natura nella nostra mente e nel modo come essa ragiona. Infatti essa ragiona in base a sintesi e ad analisi, che si combinano in diversi modi. Ma accanto a questo principio ve ne è un altro anch'esso fondamentale, che in questo caso la teoria trascura che, se è vero che la nostra mente ragiona, basandosi su questi due processi logici; non è meno vero che ragiona, dando la preferenza, ora all'uno, ora all'altro, secondo le ricerche, a cui rivolge la sua attenzione. Se si tratta di ricerche filosofiche, deve dare la preferenza al processo deduttivo, non abbandonando però quello induttivo; mentre se si tratta di ricerche empiriche, la preferenza deve darla al processo induttivo. Quindi nella interpretazione la preferenza deve darla al processo induttivo. Perchè l'interpretazione non può farsi senza una ricerca minuziosa dei fatti, dei rapporti, delle disposizioni della norma, che regolano il caso singolo.

Quindi anche guardandola da questo altro lato, cioè dal punto di vista dei processi logici, secondo i quali la mente nostra ragiona, la teoria si presenta quale una teoria insostenibile.

PARTE IV

MODO COME LA NORMA SI ATTUA

CAPITOLO I

Le sanzioni.

§ 136. — Prima di lasciare lo studio della norma, dobbiamo esaminare più specificatamente come essa si fa effettivamente valere, e cioè con quali mezzi s'impone e si traduce in atto.

Qui vengono in campo due fatti distinti o per meglio dire due rami distinti del diritto; ma, d'altra parte strettamente collegati fra di loro, cioè le norme, che regolano la sanzione, e quelle che regolano i modi e i mezzi occorrenti per l'applicazione della sanzione. Quest'ultima parte e quindi questo secondo ramo del diritto, costituisce quel ramo, che i giuristi chiamano diritto formale.

Cominciando dalla sanzione, ricordiamo che essa consiste, in genere, in un male, minacciato, ed eventualmente, inflitto dal potere. Sicchè la sanzione giuridica

è una sanzione esterna e coattiva. È esterna, perchè la minaccia e l'eventuale inflizione del male provengono dal di fuori. Ciò non significa che, accanto al male minacciato o eventualmente inflitto dal potere, non si possano produrre nello interno della coscienza altri generi di sanzioni, che sotto forma di pentimento, rimorso, ecc., collaborino anch' esse a rendere quel comando obbligatorio. Ma queste non sono più sanzioni giuridiche e non si possono confondere con esse. Certo, anche la sanzione giuridica non può operare i suoi effetti, se non facendo appello alle coscienze e determinando in esse certi stati affettivi, sopra tutto il sentimento di paura. La sua azione anzi è tanto più marcata, quanto più riesce a stimolare questi elementi interni. Ma l'impulso viene sempre dal di fuori e in questo senso ha carattere esterno.

La sanzione giuridica è anche coattiva, perchè viene fatta valere dagli organi del potere, con i mezzi materiali, di cui essi dispongono e quindi contro la volontà stessa del violatore della norma; e ciò a differenza delle altre forme di sanzione, che non riescono a farsi valere o a farsi valere in modo completo, contro il volere di coloro, ai quali vengono inflitte.

§ 137. — La sanzione giuridica può assumere due aspetti, perchè il male minacciato o eventualmente inflitto, può prendere direttamente di mira o la persona del violatore o il suo patrimonio: nel primo caso acquista carattere di pena, è sanzione punitiva; nel secondo caso, acquista carattere d' indennizzo, di riparazione, è sanzione restitutrice o riparatrice. Da qui la distinzione fra la sanzione penale e la civile. Occorre insistere su questa distinzione per metterla meglio in rilievo.

La sanzione ha il doppio compito, quello di prevenire possibilmente la violazione della norma, quello di restaurare l'ordine giuridico (se la violazione si è prodotta)

con la possibile riparazione del male, che ne è derivato. Ma il male della violazione può assumere due aspetti: può essere o apparire irreparabile; può presentare la possibilità di essere in qualche modo riparato. Nel primo caso esso desta un vivo risentimento nella coscienza pubblica e induce a portare l'attenzione e ad agire sulla persona che l'ha prodotto. Il violatore cioè viene preso di mira e si cerca di conoscere perchè egli ha operato a quel modo e quale è il suo grado di colpevolezza, anche per premunirsi contro le possibili violazioni avvenire. Nel secondo caso quel risentimento non si produce o si produce in minime proporzioni, onde l'attenzione si porta, non più sulla persona del violatore, ma sulle conseguenze della violazione e si pensa esser sufficiente agire sul patrimonio per rendere possibile, secondo i casi, il risarcimento o la restituzione. Perciò la sanzione acquista carattere obbiettivo e cessa di operare, allorchè la riparazione si è prodotta.

La distinzione adunque fra i due ordini di sanzioni deve ricercarsi nella natura stessa della violazione e nel grado di risentimento, che essa produce nella coscienza pubblica. Due fatti strettamente connessi, poichè il risentimento in genere tende a proporzionarsi alla natura della violazione; ma questa apparisce in maniera diversa secondo il risentimento, che provoca. Onde, secondo il grado di sviluppo della coscienza e le condizioni di fatto di un aggregato, l'applicazione delle due forme di sanzioni varia. Ad esempio, presso certi popoli e in certi gradi di civiltà, il ferimento viene semplicemente colpito da una sanzione riparatrice, obbiettiva; mentre nel moderno stadio d'incivilimento, esso è colpito da una sanzione punitiva, cioè subbiettiva.

§ 138. — A causa della connessione di quei due elementi, segue che essi non devono essere presi separatamente, allorchè si vuole determinare la ragione delle due forme di sanzione. Così, quando prendiamo isola-

tamente il carattere della irreparabilità, non possiamo renderci pienamente conto dell'applicabilità della sanzione punitiva in certi casi. Il furto, ad esempio, può essere riparabile e pure viene colpito dalla sanzione punitiva. Mentre l'inadempimento dell'obbligo, spesso non può essere riparato e pure viene ora colpito dalla semplice sanzione obbiettiva. L'irreparabilità quindi non opera per se stessa, ma opera in quanto può destare un vivo risentimento contro l'offesa al principio di giustizia (1).

Questi costituiscono i criterii precipui della distinzione, ma non sono i soli. Sappiamo che molteplici sono gli elementi, che operano nel diritto; oltre al principio di giustizia, vi è il principio di utilità e di opportunità e vi sono anche elementi emotivi di vario genere. Tutti questi elementi possono in vario senso agire, estendendo o restringendo la sfera della sanzione punitiva o quella della sanzione riparatrice. E le disposizioni stesse della norma, per l'azione che esse esercitano sul contenuto (come abbiamo già detto) possono in vario senso reagire sui criterii fondamentali del risentimento e dell'irreparabilità. Ma ciò non toglie che questi rimangono sempre i criterii fondamentali di distinzione. Bisogna peraltro notare che il criterio precipuo, quello veramente basilare, è dato dal risentimento contro l'ingiustizia, appunto perchè il criterio di giustizia è il criterio ultimo del diritto. Tutti gli altri elementi non potrebbero operare senza il concorso di questa.

Tale osservazione ci spiana la via per comprendere il fondamento del diritto di punire, argomento molto discusso da filosofi e da giuristi. Senza addentrarci in un'analisi minuta, possiamo constatare che le diverse

(1) Quindi l'elemento del risentimento si verifica anche nel furto, per il male, che esso genera, non solo col danno patrimoniale, ma anche sui sentimenti del derubato, che si vede privato della sua cosa, quanto meno lo pensa. E questo risentimento può assumere forme gravi, più che nelle forme della irreparabilità.

dottrine sostenute a tal proposito riescono unilaterali ed incomplete, perchè trascurano in genere il fondamento psicologico e storico del diritto e la sua specifica natura. Ciò apparirà da un rapido esame delle tre teorie fondamentali della retribuzione, dell'emenda e del danno sociale.

La teoria della retribuzione contiene certamente un gran fondo di verità ed è quella che, per un lato, risolve meglio il problema, poichè vede nella pena uno dei mezzi per ristabilire quell'ordine secondo giustizia, che vuole la parità di trattamento, quell'equilibrio nelle coscienze, rotto dalla violazione quindi dal risentimento pubblico, che ne è la conseguenza. Ma essa ha il torto di partire da una giustizia astratta, passando sopra tutto quel complesso di stati psichici, per mezzo dei quali si rivela e quindi di non tenere il debito conto di tutti gli altri elementi, che costituiscono il contenuto del diritto e influiscono in vario senso sulla sua forma. Per cui, non può spiegare in che modo il concetto di pena si vada trasformando a traverso la storia e in che modo la violazione della norma non sia sempre accompagnata da una sanzione punitiva.

La teoria dell'emenda è ancor più difettosa. Essa esagera la funzione pedagogica del diritto e conferisce alla pena un compito, che non sempre può adempiere e perciò non può costituirne l'unica ragione di essere. Trascura sopra tutto l'azione del risentimento e non spiega neppure, perchè non tutte le violazioni siano accompagnate da pena.

Le teorie che prendono a fondamento il danno sociale, il bisogno della difesa sociale, ecc. contengono, senza dubbio, elementi di vero. È certo che una delle funzioni della pena è quella d'intimidire chi può essere tentato di violare la norma e di segregare dall'aggregato il colpevole per impedirgli di nuocere ulteriormente. Ma queste teorie non spiegano, nè l'origine della pena,

nè il suo fondamento ultimo, e si basano sull'elemento utilitario, che, come sappiamo, è uno degli elementi costitutivi del diritto, ma non è il solo. Senza il principio di giustizia non si può pienamente comprendere, perchè al male della violazione si debba aggiungere il male della pena, sopra tutto quando si pensa che non sempre questo secondo male ha l'efficacia d'impedire il primo e in tutti i casi, da un punto di vista meramente utilitario, non lo compensa. Mentre è invece il risentimento, che vuole la riparazione quello che innanzi tutto si presenta di fronte alla violazione della norma ed è quello che si è sempre presentato.

Dobbiamo quindi conchiudere che l'origine prima della pena e la sua ragione di essere, non può ricercarsi che nel risentimento, il quale, nella sua forma rozza e primitiva, ha determinato la vendetta e nelle forme più evolute ha prodotto la sanzione penale, che non è, in ultima analisi, che il risentimento organizzato e fatto valere dagli organi del potere. E che questa sia la ragione ultima della pena, si può facilmente scorgere da quelle stesse esplosioni del risentimento, che si manifestano nella coscienza pubblica alla notizia di un delitto feroce, delle quali si fa eco la stampa e l'opinione pubblica più illuminata, anche nei paesi, che stanno alla testa dell'incivilimento. Ciò non si spiega con le teorie utilitarie, nè con la dottrina pedagogica dell'emenda. Lo stesso apparato formale per l'applicazione della pena è, in fondo, organizzato in maniera da accontentare questo risentimento. Così, quando consideriamo il modo come è ordinato e funziona l'istituto della così detta *parte civile*, non tarderemo ad accorgerci che qui opera, non il solo principio utilitario, ma anche il principio di giustizia. Compito infatti della parte civile, non è la semplice rappresentanza degl'interessi materiali della parte lesa, ma anche quello di far valere il risentimento dell'offeso e di ottenere una

soddisfazione proporzionata. E infine lo stesso linguaggio di quei filosofi e di quei giuristi che credono di essere più lontani da questo modo di pensare e di sentire, rivela che essi ne subiscono, pur senza saperlo, l'influenza, poichè esso è insito nella struttura intima della nostra coscienza etica, tendente pur sempre all'universale. Le frasi, ad esempio, di *espiazione della pena,* di *giustizia vindice,* ecc., non sono semplici frasi fatte e ripetute per abitudine, ma contengono un significato recondito, che nei momenti di emozione si rivela con tutta chiarezza.

§ 140. — Se non che protrebbe essere opposto che la dottrina del risentimento non risolve, anzi aggrava il problema innanzi posto: perchè al male della violazione si deve aggiungere il male della pena? Non è ancor più strano che, dalla somma di due mali, possa risultare un bene quale sarebbe il trionfo della giustizia?

Si potrebbe subito rispondere che la logica dei sentimenti non è la stessa logica dei concetti. La logica emotiva è una logica tutta propria, che non teme le contraddizioni, anzi, in un certo senso, vive di esse. Onde, per il sentimento può apparire pienamente logico e naturale che chi ha fatto il male riceva il male. Ciò anzi è tanto naturale, che il male, sotto forma di turbamento interno, si produce spontaneo nella coscienza, anche quando la norma non ha potuto determinarlo sotto forma di sanzione specifica. Il rimorso, in ultima analisi, non è che il turbamento che segue all'azione cattiva, un male che si aggiunge al male fatto e ne apparisce come la più appropriata sanzione. È certamente un male che tende ad un bene ed anzi acquista da questo il suo valore etico; ma, in sè stesso, nel suo primo momento, è un male.

Di fronte alla nuda logica delle idee ciò può sembrar strano, ma non è strano di fronte alla logica dei sen-

timenti; anzi in questo caso non si capisce come la cosa potrebbe essere in maniera diversa. Infatti, la pena comincia ad acquistare valore etico e diventa efficace nella coscienza del colpevole allorchè viene da esso *sentita* quale un male *meritato*. Finchè essa fa appello al calcolo utilitario e apparisce quale un male inflitto dal più forte per farsi obbedire, la sua efficacia rimane sempre circoscritta. Essa parla a nome della logica delle idee, alla quale il delinquente oppone la logica dell'astuzia, quella che insegna, come si dice, a sgattaiolare a traverso le maglie del codice penale; mentre, invece, comincia ad operare quando si presenta come il corrispettivo del sentimento del dovere. Allora può anzi avvenire che la pena si cerchi quale solo mezzo di redenzione. È il caso dei condannati di Dante, per i quali la *tema* della sanzione, si volge nel *desio* di vedersela applicata.

Ma con ciò non abbiamo una soluzione esauriente, perchè avremo colpito la causa prossima, non propriamente la causa prima. Il principio di giustizia non è solo sentimento, ma è anche idea e si determina in base a certe fondamentali aspirazioni della coscienza e alle leggi del nostro spirito. Se la giustizia è armonia, coerenza di rapporti, l'ingiustizia è negazione di questa armonia e perciò deve essere distrutta; e quando si pensa che non possa distruggersi col solo risarcimento, deve distruggersi con la pena. Onde la pena può apparire un male allorchè la si considera per sè stessa, ma diventa un bene quando la si considera quale un mezzo per il ristabilimento della giustizia. E come un bene, può essere desiderata dallo stesso violatore. È in questo senso che il risentimento contro la violazione può riguardarsi come la ragione ultima del diritto di punire.

§ 140. — Ma la teoria sarebbe incompleta se si arrestasse a questo solo elemento. Come oramai sappiamo, nel diritto operano elementi svariati e questi non pos-

sono non far sentire la loro influenza in questo fatto importante. Così vediamo che tale influenza fanno sentire in maniera tanto più marcata, quanto più la società si sviluppa e quindi a misura che più si sviluppa la loro azione. All'influenza del risentimento si congiungono le considerazioni di utilità e di opportunità e quelle determinate da alcuni sentimenti specifici, sopra tutto dal sentimento di compasssione, ora verso il col pevole, ora verso la vittima. Questi altri elementi, ope ranti in diverse maniere nelle diverse epoche storiche in vario senso modificano l'elemento fondamentale. Ai giorni nostri, per esempio, una serie di cause, quali lo sviluppo dei fatti economici, l'intreccio più intimo dei rapporti sociali, la crescente cooperazione delle parti, ecc., hanno messo in maggior rilievo il danno sociale della delinquenza e quindi l'utilità sociale della sanzione punitiva, tanto da farla considerare come solo motivo giustificante. Mentre d'altra parte lo sviluppo di certe dottrine antropologiche e sociologiche ha indotto a veder nella pena un semplice mezzo difensivo. Finalmente, lo sviluppo dei sentimenti umanitari, sia in connessione con quest'ultimo ordine d'idee, sia anche in maniera indipendente, ha condotto a far vedere nel colpevole, più un infelice da curare, anzi che un reo da colpire per il trionfo della giustizia.

Bisogna poi aggiungere che allo sviluppo di questi nuovi elementi ha contribuito anche una effettiva diminuzione del risentimento pubblico, sia in genere, sia rispetto a certe specifiche forme di reato. Essa è effetto dello addolcirsi dei costumi e anche di un certo infiacchimento della coscienza pubblica, in connessione con lo stesso sviluppo dell'incivilimento e con la complicazione ed estensione crescente della vita dell'aggregato. Anche la stessa lungaggine dei procedimenti penali, specialmente nel periodo istruttorio, opera in questo senso. Essa è come un vero spegnitoio del pubblico

risentimento e perciò agisce a mettere più in rilievo gli elementi utilitari o il risentimento di compassione verso il colpevole. Tutte queste cause hanno contribuito a far cadere in seconda linea il fatto del risentimento, tanto da renderne possibile anche la completa esclusione dalle teorie più recenti. Ma questi accidenti storici non ci devono far perdere di vista la completa teoria intorno al diritto di punire, il quale si fonda, non soltanto sugli elementi utilitari, ma anche sugli elementi etici, in vario modo combinati fra di loro, secondo i diversi ambienti sociali.

Con ciò non proponiamo una teoria eclettica. L'eclettismo è un amalgama di dottrine, che si collegano solo nella mente di chi le concepisce; onde non si può concepire come eclettica una dottrina, che tende a riflettere la realtà, così come si manifesta. Dato pure che la dottrina presenti un insieme confuso di elementi, la colpa non è della dottrina, ma della vita della coscienza e quindi della vita sociale, che si manifesta a quel dato modo. L'accusa di eclettismo adunque non reggerebbe, anche se si ammettesse, che quegli elementi si amalgamano fra di loro in modo confuso. Ma, nel fatto, questo poi non accade. Ben osservando, possiamo notare che essi si dispongono in maniera da fòrmare, direi quasi, una serie di stratificazioni intorno ad un nucleo centrale, che è il risentimento contro l'ingiustizia, l'elemento più antico, più tenace, perchè universale. Le stratificazioni superiori sono quelle che si sono mano mano aggiunte con lo sviluppo della psiche e della convivenza e che mutano secondo gli ambienti e le situazioni di fatto. Non si tratta quindi di un amalgama confuso di elementi, ma di una coordinazione e subordinazione di elementi intorno ad un elemento principale, che ne costituisce la base e come l'anima vivificatrice, quantunque non sempre visibile e qualche volta offuscato dagli altri. Ma riapparisce improvviso dal fondo

della coscienza proprio quando meno si crede che esista.

§ 141. — Più semplice e più facile a comprendere è la sanzione restitutrice.

Il principio di giustizia opera quivi con un meccanismo, diciamo così, più esplicito e più semplice, poichè si obbiettiva, in certo modo, nelle cose e si fa valere per mezzo del patrimonio: chi ha preso, deve restituire; chi ha danneggiato, deve riparare il danno; chi ha promesso, deve mantenere; e non restituendo, non riparando, non mantenendo, è costretto a vedersi sottratto una parte del patrimonio corrispondente all'entità del danno arrecato. Il proporzionale equilibrio dei rapporti viene mantenuto per mezzo della proporzionale distribuzione delle cose, determinata coattivamente, allorchè non si determina in maniera spontanea.

Anche essa è certamente dettata dal risentimento, accompagnato da considerazioni utilitarie; ma il risentimento è qui più circoscritto e meno vivace, che nei casi precedenti, appunto perchè obbiettivato nelle cose, o ritenuto capace di obbiettivarsi e di ritrovare nelle cose una soddisfazione adeguata. Onde si contenta che l'equilibrio si ristabilisca fra le cose, indipendentemente dalle persone. Così la riparazione può essere anche fornita da un terzo ed essere egualmente valida.

Non molto tempo fa un professore di diritto, sostenne che la sanzione indennizzatrice non è vera sanzione, perchè è sanzione obbiettiva e quindi non arreca alcun male al colpevole. Ma questa teoria non ha alcun fondamento giuridico e neppure alcun fondamento etico. Non ha alcun fondamento giuridico, perchè la sanzione non è sinonimo di pena, come crede questo professore, ma serve a rinforzare il comando e dargli forza imperativa. E in questo caso la forza imperativa consiste nell'obbligo della restituzione e dell'indennizzo.

Non ha neppure fondamento etico, perchè la sanzione

non è un male della stessa intensità e dello stesso carattere in tutti i casi di lesione; ma è un male proporzionato all'entità della violazione della norma. Altrimenti la sanzione dovrebbe essere del medesimo genere; per tutti indistintamente i violatori della norma, qualunque sia il genere della violazione. Il che sarebbe, non solo una cosa ingiusta, ma addirittura una cosa assurda! Secondo questo professore, la sanzione dovrebbe essere identica, tanto per chi viene meno ad un impegno finanziario, e tanto per chi ruba!

Quindi per la sanzione basta che sia un male minacciato, ed eventualmente inflitto, allorchè viene violata la norma, siccome abbiamo detto allorchè abbiamo determinato il concetto di sanzione. Ora, se fosse vera questa teoria, una esecuzione forzata, non ostante le spese e i fastidi, che procura a colui, contro il quale viene applicata, non sarebbe una sanzione. Ma se, in genere, la sanzione restitutrice si presenta con maggiore semplicità, non è escluso che qualche volta non riesca ad obbiettivarsi, perchè la restituzione e l'indennità non sono possibili. Quando ad esempio, si tratta di violazioni, che oltre il danno materiale, ne apportano uno morale; o quando si tratta di restituzioni negate o di danni commessi da persone insolventi.

Ma nel primo caso, il danno morale apporta, oltre la sanzione indennizzatrice, anche la sanzione penale, poichè lede, oltre il patrimonio, il senso di giustizia e quindi provoca il risentimento pubblico, che vuole essere soddisfatto con una sanzione più grave.

Nel secondo caso, se la sanzione non può agire, perchè l'indennizzo non può operarsi, ciò non toglie che essa possa agire con forze indirette. Poichè una condanna al pagamento ed all'indennizzo può produrre conseguenze indirette, che sono tante volte più gravi, che non la stessa sanzione penale. Così può far perdere il credito a chi viene meno ai suoi impegni finanziari,

specie se si tratta di un commerciante; può far perdere la stima pubblica; può determinare un giudizio severo da parte della pubblica opinione e via discorrendo.

CAPITOLO II

Il diritto formale.

SOMMARIO. — 142. L'azione. — 143. Il diritto processuale.

§ 142. — La sanzione e quindi anche la norma, si fanno valere, si applicano e si attuano per mezzo dell'azione, del processo e dell'esecuzione.

I giuristi, ordinariamente confondono queste tre forme giuridiche, a traverso le quali, passa l'attuazione della norma e della sua sanzione e ne fanno una cosa sola, con la dinominazione generica di esecuzione (1). Certo tutte queste forme di tre attuazione della norma, concorrono e sono anzi indispensabili, per conseguire lo scopo dell'attuazione, della sanzione, ma non per questo devono essere confuse, come se fossero una sola e medesima cosa. Queste tre forme dell'esecuzione sono infatti distinte giuridicamente sia per la forma, sia per il contenuto formale.

Quanto alla forma, sono regolate da formalità essenzialmente diverse, da tre forme giuridiche diverse. Quanto al contenuto formale, rispondono a tre processi logici di deduzione. Per specificare meglio, diciamo: nel processo logico, su cui si basa l'azione, la

---

(1) Questa parola, *esecuzione,* i giuristi la prendono in un significato, che non esiste nella nostra lingua, perchè i dizionari la definiscono, con le espressioni: « eseguire un ordine, eseguire un comando ».

premessa maggiore, è costituita dalla garanzia accordata dalla norma al soggetto che viene leso da una violazione subìta; la premessa minore è la violazione subìta; la conclusione è il ricorso al magistrato per ottenere giustizia. Invece nel processo logico, su cui si basa il processo, come i giuristi ammettono, la premessa maggiore, è costituita dalla norma che regola il caso singolo; la premessa minore è costatazione della lesione fatta dal magistrato, dopo valutate le prove adotte dai contendenti, e finalmente, la conclusione è la decisione fatta dal magistrato con la sentenza. Nella terza forma quella dell'attuazione della sanzione, la premessa maggiore è l'emanazione della sentenza; la premessa minore è la determinazione dei mezzi per l'esecuzione della sentenza, la conclusione è l'attuazione dei mezzi determinata dalla norma per eseguirla.

Dopo questa dimostrazione siamo convinti, che il lettore si renderà conto del valore giuridico e logico di queste tre distinzioni.

Dal punto di vista filosofico ed anche tecnico, il diritto ad esercitare l'azione, non è un diritto speciale, ma è il diritto stesso considerato dal punto di vista della sua garanzia e della sua coattivività. Senza l'azione, non vi può essere non vero diritto speciale, poichè essa è il mezzo di difesa che vale a rendere il diritto effettivo. Idealmente possiamo distinguere il momento dell'affermazione del diritto e quello della garanzia; ma nella realtà abbiamo un fatto unico, nella sua essenza, un medesimo fenomeno, che assume manifestazioni diverse pur rimanendo identico nella sua propria natura. Infatti il diritto, in tanto è tale, in quanto è anche azione; e la norma, in tanto regola obbligatoriamente, in quanto con la regola porta l'azione, che la garantisce e la fa valere.

Ma l'azione ha carattere diverso secondo che diverso è il carattere della norma, che essa garantisce.

L'azione è privata quando è connessa con le norme di diritto privato; è pubblica, quando è connessa con le norme di diritto pubblico. Sarebbe peraltro preferibile chiamare la prima azione facoltativa, poichè essa è privata sola nel primo suo momento, allorchè viene deliberata dal soggetto, ma diventa pubblica non appena si esercita, quando cioè essa mette in moto gli organi giudicanti e quindi allorchè acquista formalmente il carattere di azione.

Il carattere diverso dell'azione si spiega col carattere diverso delle norme alle quali si collega. Quando infatti la norma crea una semplice facoltà a favore di qualcuno, è naturale che lasci al suo arbitrio anche il diritto di farlo valere per mezzo dell'azione. Quando invece impone un dovere imprescindibile, non può lasciare all'arbitrio di alcuno il diritto di far valere l'azione corrispondente. Sarebbe inconcepibile un diritto obbligatorio con una garanzia facoltativa ed è perciò che in questi casi l'azione è, a dir così, organizzata e l'obbligo di esercitarla viene imposto agli organi del potere.

§ 143. — L'azione non è che il primo passo per giungere all'attuazione della norma, con essa infatti s'iniziano i procedimenti e si entra in tutta quella parte complicata del diritto, detto *diritto processuale* o *diritto formale* in contrapposto col diritto *materiale* o *sostanziale*.

Queste ultime espressioni possono condurre a concezioni erronee. Non vi può essere un diritto che sia e un altro che non sia, formale, poichè tutto il diritto è formale, in quanto creato da un comando, che dispone i rapporti in una data forma. Ma, sotto un altro aspetto, tutto il diritto è sostanziale, perchè suppone sempre un contenuto e quindi rapporti effettivi, che si svolgono in un dato modo. È peraltro indubitato che il diritto, come tale, si può distinguere dai mezzi per

farlo valere in caso di violazione o di controversia; i quali danno origine a branche speciali, aventi a contenuto, non più direttamente le esigenze della vita, ma il funzionamento degli organi statuali per l'attuazione del diritto. Perciò il carattere formale può in esso apparire più accentuato e solo in questo senso può parlarsi di un diritto formale, a scopo di distinzione.

Fino a questi ultimi tempi si accordava una importanza limitata a questa parte del diritto e l'attenzione dei giuristi si concentrava a preferenza sul diritto sostanziale, essendo esso il diritto primario, senza del quale l'altro non potrebbe esistere. Cause storiche avevano anche contribuito a mantenere in seconda linea il diritto formale, sopra tutto il fatto che il diritto moderno è sorto per opera di profondi rivolgimenti politici; e si capisce che in questi momenti ciò che acquista speciale rilievo è l'affermazione del diritto, la sua pratica attuazione cade in seconda linea. E si parla a preferenza di proclamazioni e dichiarazioni di diritti, anzi che dei mezzi per rendere il diritto effettivo. Questi mezzi acquistano importanza solo in un secondo momento allorchè si scorge tutta l'importanza del diritto senza il concorso di essi.

Ma è indubitato che, in fondo, non può farsi questione d'importanza fra queste due parti del diritto. Se è vero che il diritto processuale non potrebbe esistere senza il diritto sostanziale; è anche vero che questo non potrebbe esistere senza di quello. A che vale l'affermazione della norma, allorchè non esistono o sono imperfetti i mezzi per farla valere? In un campo così eminentemente pratico, quale è quello del diritto, l'attuazione non può non avere la medesima importanza dell'affermazione della regola. E col prevalere dello spirito positivo nel dominio del diritto, dovuto sopra tutto al trionfo del punto di vista storico e del metodo storico, il diritto processuale ha cominciato infatti ad acqui-

stare il posto che veramente gli spetta nell' enciclopedia giuridica. A questo risalto contribuisce una più chiara percezione dei caratteri formali del diritto di fronte a tutte le altre categorie di norme, resa possibile da una analisi più profonda della natura e del funzionamento della norma giuridica. A causa dei suoi caratteri spiccatamente formali, specialmente del suo grado di esteriorità ed obbiettività, il diritto non potrebbe vivere senza un apparato che lo faccia muovere e funzionare in un dato modo. In esso, le persone che debbono osservarlo, non possono direttamente collaborare alla sua formazione e al suo sviluppo, onde tutto il lavoro di adattamento del caso tipico alle situazioni di fatto, deve essere compiuto dagli organi applicatori. E la funzione diventa quivi assai delicata, poichè allora la vita sociale si presenta in tutta la sua ricchezza e gli elementi trascurati nel momento della formulazione del diritto, vogliono farsi valere, affermarsi per quello che sono. Regolare questo momento, determinare i modi con i quali deve prodursi l'incontro e la combinazione fra la vita formale del diritto e la vita effettiva della convivenza, è compito veramente arduo e decisivo. Tutte le discipline sociali devono, allora, venir chiamate a raccolta, poichè tutte apportano o dovrebbero apportare il loro contributo alla formazione dei caratteri, ai quali dovranno ispirarsi le norme del diritto procedurale: dalla sociologia alla statistica, dall'economia politica alla morale pratica ed all'antropologia criminale.

Queste poche osservazioni ci permettono di comprendere perchè il diritto processuale vada sempre più attirando l'attenzione dei giuristi in questi ultimi tempi, per cui si è prodotto una specie di rivolgimento in questo campo di studî. Le procedure altre volte considerate quali semplici appendici del diritto, quali ancelle appena curate dai cultori della scienza giuridica, e perciò abbandonate alla pedissequa elaborazione dei

pratici, si costituiscono in disciplina autonoma, accanto alle discipline fondamentali. Il diritto processuale viene a mettersi alla pari col diritto sostanziale, conquistando il posto che gli spetta nell'enciclopedia delle scienze giuridiche.

CAPITOLO III

L'organica giudiziaria.

SOMMARIO. — 144. Suo carattere. — 145. Autonomia, capacità e moralità dei giudici. — 146. La partecipazione degli elementi sociali.

§ 144. — Il procedimento suppone una parte preliminare, che è costituita dall'ordinamento delle autorità giudicanti e forma l'organica giudiziaria. Infatti il procedimento non è che la funzione di certi organi statuali e implica tutto un ordinamento di tali organi. Onde qui vengono in evidenza i rapporti fra organi e funzioni; se la funzione dipende dalla struttura degli organi, alla sua volta, reagisce su tale struttura e in vario senso la modifica.

Tutta l'importanza dell'organica giudiziaria non poteva rivelarsi in epoche, in cui gli organi statuali non si erano ancora specificati e la funzione giudicante appariva quale una semplice funzione di governo. Essa invece viene in evidenza soprattutto nel tipo dello Stato giuridico, col quale l'ordinamento giuridico acquista il massimo di obbiettività. Tutte le cause che inducono a portare l'attenzione sull'importanza del diritto processuale, valgono anche a volgere le menti sui problemi

attinenti all'organica giudiziaria, poichè il diritto processuale è naturalmente in connessione intima con gli organi, per mezzo dei quali si esplica. Onde l'organica giudiziaria costituisce col diritto processuale una unica e sola disciplina, quantunque per l'esigenze di una esposizione ordinata, debba riguardarsene quale uno dei capitoli più importanti.

I problemi dell'organica giudiziaria sono innanzi tutto determinati dal fatto, che in questa parte il diritto non può funzionare se non per mezzo d'interposte persone, le quali possono essere indotte da moventi eteronomi a falsarlo o ad applicarlo in maniera parziale ed ingiusta; o pure non posseggono la necessaria capacità per comprenderlo. Il diritto, nella sua applicazione, deve mantenersi obbiettivo, ma d'altra parte, non può farsi valere se non per opera di coscienze singole nelle quali si subbiettiva.

Altri problemi sono determinati dalla opportunità o dalla necessità di chiamare a concorrere all'applicazione del diritto alcuni elementi, che valgano a garantire un adattamento più completo della norma alle singole situazioni di fatto.

La prima categoria di problemi prende a preferenza di mira l'applicazione integrale ed obbiettiva, la seconda invece, l'adattamento del diritto.

§ 146. — I problemi della prima categoria si riferiscono al modo di ottenere il giudice autonomo, capace ed imparziale.

Si comprende subito, che l'autonomia è una condizione essenziale per il retto funzionamento degli organi giudicanti. Se essi non sono messi in una posizione veramente autonoma, a nulla valgono le buone norme di diritto sostanziale e formale, si troverà sempre il modo di premere sull'animo del magistrato. E non meno importante è il grado di capacità che egli deve possedere. Se il solo senso giuridico può essere sufficiente per ap-

plicare un diritto semplice e primitivo, occorre una cultura giuridica e un criterio giuridico di ordine sempre più elevato, a misura che il diritto si sviluppa, si complica e cresce il tecnicismo giuridico. Gli errori dovuti alla ignoranza, non sono meno gravi di quelli dovuti alla cattiva intenzione. Finalmente, il grado di moralità è la condizione precipua per l'applicazione imparziale del diritto, quella, senza della quale tutte le altre sarebbero impotenti.

Ora, queste condizioni non possono essere determinate e ottenute se non per mezzo delle norme, cioè, del diritto stesso, il quale, sottragga più che sia possibile all'arbitrio delle persone la sorte dei magistrati; ne fissi nel modo più preciso la maniera di scelta, il grado di moralità, di cultura e d'intelligenza, le attribuzioni e le garanzie. Ma anche qui, come in tutti i casi in cui la norma deve contare sulla cooperazione e sulla buona volontà degli uomini, apparisce tutta la impotenza del diritto. Le norme non possono fondarsi, se non su tipi medî, non possono prendere di mira che le condizioni astratte, ad esse naturalmente sfugge tutta la mobile varietà del reale; e qui invece sono i tipi singoli, le situazioni reali, che acquistano il massimo valore. Si possono, ad esempio, fissare con la massima precisione possibile i criterî di scelta dei magistrati; ma tutto dipende dal modo come verranno applicati tali criterî. Inoltre poi questi stessi criteri non potranno neppur essere fissati con precisione, appunto perchè il diritto è costretto a procedere per astrazioni e per categorie. La norma potrà indicare le condizioni di eleggibilità e di elettorato, il procedimento elettorale, se si tratta di magistrati elettivi; potrà prescrivere le materie di esami, se si tratta di magistrati da scegliersi per concorso; ma non potrà mai indicare con precisione come deve accertarsi ciascuna singola capacità. La norma inoltre deve fondarsi su indizî

esterni e questi non sono sufficienti per valutare la moralità delle persone, la forza di carattere, e via discorrendo.

Da ciò si comprende tutta la gravità di tali problemi e la necessità di fare appello per la loro soluzione, alla moralità pubblica e alla forza dell'opinione illuminata e ben diretta. Dobbiamo ricordare ancora una volta che la vita sociale e la stessa vita giuridica non è regolata soltanto dal diritto, e senza l'attiva cooperazione delle altre norme e degli altri principî della condotta e quindi della coscienza degli uomini, il diritto non può funzionare.

Non è poi qui il caso di scendere a parlare dei sistemi adottati nei vari paesi per assicurare la buona scelta e l'indipendenza dei giudici. Tali questioni vengono studiate da discipline speciali, di cui noi non possiamo invadere il campo. Ci basta qui notare semplicemente che, quanto alla scelta, vigono i due sistemi della elezione e della nomina governativa, ognuno dei quali ha i suoi difetti e i suoi pregi. Ma il primo sistema offre il difetto gravissimo di lasciare alla libera valutazione degli elettori tutti i requisiti per la nomina del giudice, onde si hanno tutti gl'inconvenienti delle elezioni aggravati dal fatto che qui non si tratta di scegliere capacità generiche, ma capacità specifiche, dalle quali in gran parte dipende il buon funzionamento di un sistema giuridico; mentre nel secondo sistema la scelta può essere disciplinata da norme che riducano ad un minimo l'arbitrio di chi deve procedere alla scelta.

§ 146. — Circa i problemi della seconda categoria, cioè della partecipazione degli elementi sociali all'applicazione del diritto, dobbiamo notare che due sono i momenti in cui assume speciale valore nella vita del diritto la connessione fra il diritto e le esigenze della realtà, e sono il momento della costituzione della norma

e quello in cui essa si fa valere. Nel primo caso, perchè la norma deve riflettere quelle esigenze; nel secondo, perchè deve adattarsi alle singole situazioni, per mezzo di sintesi creatrici, che rendano possibile la riduzione dei casi specifici alle generiche disposizioni di essa. Ora, tanto nel primo, quanto nel secondo caso, si è ritenuta necessaria una partecipazione degli elementi sociali alla vita del diritto, che nel primo caso diventa generale e può essere diretta o indiretta, per mezzo della rappresentanza; nel secondo caso suole assumere forme parziali e limitate. Ma mentre nel primo vale per la costituzione in genere di tutte le norme giuridiche, nel secondo suole attuarsi solo in quei casi, in cui l'infrazione della norma ha maggiormente suscitato il risentimento pubblico e la pubblica indignazione, dando origine all'istituto della giurìa.

Molto è stato detto a favore di questo istituto e contro di esso, ma le critiche, piuttosto che sulle ragioni profonde che lo hanno suggerito, furono a preferenza portate sulla forma che ha assunto negli Stati moderni. Ora, le vere ragioni per la giustificazione di questo istituto non possono rinvenirsi se non quando lo si considera, siccome abbiamo già veduto, quale un mezzo di conciliazione fra l'obbiettività astratta della norma e la subbiettività concreta del caso singolo. Il giudice ordinario deve sempre muoversi entro i confini delle disposizioni formali, deve sempre applicare la norma così come è. Egli certamente interpreta, e interpretando adatta e modifica; ma la sua modificazione, lenta e insensibile, non può affermarsi con cambiamenti improvvisi, poichè la sua volontà deve sempre operare entro i confini formali della norma. Ma può darsi che i cambiamenti nelle esigenze siano più rapidi di quanto la relativa elasticità della norma possa comportare; o che il caso singolo si presenti con tali peculiarità, da non potere entrare entro quei confini, senza urtare viva-

mente contro il sentimento pubblico. In tali evenienze il giudice ordinario si trova impotente; occorre un altro organo che, pur operando entro i confini della norma, possa imprimere ad essa l'elasticità che le occorre in tal caso, per guisa da legalizzare in certo modo la stessa illegalità. E ciò può farsi per mezzo di quella distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto, che se è assurda per sè stessa considerata, costituisce certamente un mezzo assai ingegnoso di accomodamento fra le esigenze formali del diritto e le esigenze reali della vita. Le altre ragioni che possono invocarsi e sono state invocate a difesa di questo istituto, sono di ordine secondario e non tutte hanno saldo fondamento, anzi alcune non si reggono affatto.

Non vi è dubbio che il crescente tecnicismo del diritto, la specificazione e la complicazione delle norme, rende il gran pubblico sempre più incapace di contribuire con una valutazione illuminata al compito arduo dell'applicazione della norma; ma non è da questo lato soltanto che bisogna considerar l'istituto, poichè, accanto a una valutazione tecnica, può esser necessaria una valutazione di esigenze in base a criterî di giustizia, quali esistono nella coscienza di ognuno. L'una cosa non esclude l'altra, ed entrambe possono e debbono anche combinarsi con ordinamenti opportuni.

La ricerca specifica, per attuare, nel miglior modo, questi ordinamenti, spetta alle discipline speciali. Ma la ricerca generica, in quanto si tratta di formulare i criterî fondamentali per organizzare questo istituto spetta alla filosofia del diritto. E questi criteri abbiamo già indicati, allorchè al § 126, abbiamo considerato questo istituto dei giurati, quale uno dei mezzi di conciliazione tra la forma e il contenuto.

CAPITOLO IV

Il processo.

Sommario. — 147. Le due forme. — 148. Le prove. — 149. La discussione. — 150. Il giudizio.

§ 148. — Il processo ha per compito l'applicazione della norma, allorchè sorge una contestazione od occorra un accertamento o riconoscimento di diritti o di stati di fatto, o pure allorchè si produce una violazione. Da qui la distinzione fra processo civile e processo penale. Il primo viene iniziato da un'azione, che è privata nel suo primo momento, in quanto è abbandonata alla facoltà dell'individuo; il secondo viene, di regola, iniziato da un'azione pubblica, cioè, da un'azione che deve essere obbligatoriamente esercitata da un organo statuale. Quindi il primo suppone una contestazione in quella sfera di rapporti, che sono garantiti dalla sanzione riparatrice; il secondo, una violazione in quella sfera di rapporti, che sono garantiti dalla sanzione punitiva. Ciò potrebbe far credere che il procedimento civile fosse di ragion privata e quello penale, di ragion pubblica. Questo sarebbe erroneo; il procedimento, di qualunque genere esso sia, è sempre di ragion pubblica, poichè esso si svolge sempre per mezzo delle autorità pubbliche, investite dallo Stato della funzione giudicante e che perciò devono obbligatoriamente svolgere questa loro funzione secondo le disposizioni della norma. Siamo, quindi, nella sfera del diritto cogente, che è, come sappiamo, diritto pubblico.

Il comune carattere pubblico già preannunzia che fra i due ordini di procedimenti, il civile e il penale; non esiste quel distacco, che altre volte si scorgeva.

Un esame più approfondito, permette poi di rilevare certi lati comuni, che inducono a ritenere essere il procedimento giudiziario un fatto unico nella sua essenza, quantunque possa assumere manifestazioni diverse. Così, quando affermiamo che il procedimento civile ha per compito di dirimere una controversia, noi percepiamo solo un aspetto di esso, ma non lo cogliamo nella sua intrinseca natura. Suo compito è propriamente quello di applicare una norma ed eventualmente anche una sanzione. Solo in questo senso costituisce una garanzia e conferisce all'azione giudiziaria la sua ragion di essere. Con questa, infatti, si ha il diritto d'invocare l'intervento degli organi giudicanti, non solo per avere il proprio diritto riconosciuto o accertato, ma anche per averlo garantito contro le violazioni. E quando invece affermiamo che il processo penale ha per compito di constatare una violazione, non escludiamo la controversia e neppure l'accertamento di situazioni di fatto; anzi, la controversia e l'accertamento possono quivi assumere un aspetto eminentemente tragico. Onde, tanto nel procedimento civile, quanto in quello penale, si tratta di accertare una situazione di fatto e di rinvenire il principio, secondo il quale deve essere regolata.

Finalmente, tanto nel procedimento civile, quanto in quello penale, la controversia può volgere, sia sul modo di considerare l'aspetto giuridico di un dato fatto, sia sulla intenzionale violazione della norma, poichè, non tutte le violazioni dolose cadono nel dominio del diritto penale, nè tutte le violazioni colpose rimangono nel dominio esclusivo del diritto civile.

Tutto ciò rivela l'intima connessione fra le due forme di procedimento, intese entrambe al conseguimento del medesimo fine, che è l'applicazione della norma. Ragioni pratiche possono indurre alla divisione accettata nel diritto dei popoli civili, ma ciò non toglie che scientificamente il processo presenti un fondo comune, che

è quello che deve esser messo in rilievo allorchè si studia il processo dal punto di vista generico.

§ 148. — Considerando il processo da questo punto di vista, si possono scorgere in esso, di regola, tre stadî: lo stadio delle prove, lo stadio della discussione, lo stadio finale del giudizio, che sono appunto i tre stadî del giudizio pratico: accertare, valutare l'accertamento, risolvere. Questi tre stadî, e specialmente i due primi, non si presentano sempre, nel fatto, nettamente distinti, come ad esempio nei riti sommarî e sommarissimi, ma ciò non toglie che siano logicamente distinti.

Le prove consistono nell'accertamento dei fatti che hanno dato origine alla contestazione o alla violazione della norma e quindi, in genere, a modificazioni nei rapporti giuridici, o hanno provocato la domanda giudiziaria. Per applicare il diritto occorre innanzi tutto accertare i fatti. Ma il fatto può interessare per diversi aspetti, secondo gli scopi che ci proponiamo nel ricercarlo. In questo caso lo scopo è quello di ricondurlo sotto le disposizioni della norma giuridica e perciò il fatto interessa sotto questo aspetto e da quei lati, che si prestano a tale intento. Siccome la norma giuridica è norma esterna ed obbiettiva, i fatti sui quali si deve svolgere la prova, devono essere anch'essi fatti esterni, obbiettivamente accertabili; come obbiettivi devono essere i mezzi, con i quali si cerca di metterli in rilievo. Ma il carattere dell'obbiettività non è eguale in tutti i rami del diritto e la loro diversità non può non operare nella sfera del procedimento. Così, mentre il procedimento civile prende a preferenza di mira il fatto nella sua nuda esteriorità prescindendo in genere dalle persone e dai moventi e vuole prove obbiettive per loro natura o rese tali dalle disposizioni della norma; il procedimento penale invece riflette il carattere subbiettivo della pena e cerca di cogliere il fatto nella sua

totalità, risalendo possibilmente all'elemento intenzionale. Per esso il lato esterno non ha sempre un valore pienamente indipendente. Di questo carattere si risentono le prove e i mezzi probatori, che non sempre possono raggiungere un grado elevato di obbiettività.

Le prove devono esser fornite dalle parti, in genere dall'accusatore o dall'attore; la difesa o il convenuto le contesta; o volgono intorno al fatto, poichè il diritto si suppone conosciuto dal giudice. Solo in via eccezionale si può ammettere una prova del diritto, che acquista allora il carattere di una prova di fatto.

Le prove sono di vario genere e il loro valore rispettivo può, fino a un certo punto, venire indicato dalla norma; ma sono diverse o assumono diverso peso nelle due forme di procedimento. Gl'indizî sono mezzi indiretti e per lo più non univoci, per cui si può rilevare l'esistenza di un fatto o precisarne la natura. La confessione giudiziaria, più che non mezzo di prova, è il riconoscimento del diritto o della sua violazione e, se può avere importanza decisiva nel procedimento civile, ne ha una limitata in quello penale. Anche il giuramento è un mezzo per rinforzare altre prove e prende il suo valore dallo stato delle credenze, dalle solennità con le quali viene accompagnato, e dagli effetti giuridici che vi si connettono. Finalmente il diritto determina un insieme di presunzioni per supplire alle prove o per completarle, e sono le presunzioni legali, che hanno molta importanza nel procedimento civile; mentre in quello penale le presunzioni devono determinarsi spontaneamente nell'animo del giudice.

In tutto il dominio delle prove apparisce la differenza caratteristica dei due procedimenti. Essa produce ancora un'altro effetto. Il carattere pienamente obbiettivo di quello civile rende possibile la rappresentanza delle parti; mentre la presenza dell'imputato è necessaria in quello penale, poichè in questo caso la responsabilità è

inscindibile dalla sua persona e il suo modo di comportarsi e di difendersi, è già un elemento di prova.

Non ostante queste differenze, rimane pur sempre il carattere fondamentale identico del procedimento per l'applicazione della norma, il quale è sempre accertamento di una situazione di fatto per rapporto a una disposizione di diritto. Può variare solo il modo di accertamento, non la natura di esso.

§ 149. — Alla ricerca e alla constatazione delle prove segue la discussione, che si svolge fra le parti ed è l'analisi e la valutazione delle prove. Essa naturalmente non può vertere che sugli elementi acquisiti al processo, dei quali le parti hanno avuto modo di prendere piena cognizione.

Nella discussione culmina l'azione degli elementi subbiettivi del processo, poichè ognuna delle parti cerca di sostenere col maggior calore il proprio assunto. La verità può scaturire solo indirettamente dalla comparazione fra gli asserti contrarî. Essa può essere feconda solo in quanto riesce a mettere in evidenza elementi, che sulle prime non appariscono. L'interesse delle parti acuisce le menti e permette di percepire e di presentare con la massima evidenza ciò che a mente fredda non sempre si rivela. In questo senso la discussione ha ragione di essere, non solo di fronte al giudice popolare, ma anche di fronte al giudice di professione. Anche la mente più illuminata e più vigorosa può non scorgere tutti i lati di un fatto o tutte le conseguenze di una prova.

Ciò che si dice comunemente circa l'infecondità della discussione fra parti interessate, non trova qui applicazione, poichè qui le parti non discutono per convincersi a vicenda, ma per convincere una terza persona non interessata, quale è il giudice.

§ 150. — L'ultimo stadio del procedimento è determinato dal giudizio, che formalmente si esprime per mezzo della sentenza.

Il giudizio si riferisce al fatto e al diritto, poichè ha per iscopo di condurre una situazione di fatto sotto la disposizione della norma. Onde è nel medesimo tempo un giudizio di fatto e di diritto, e non è possibile una scissione fra il giudizio di fatto e quello di diritto. Il giudizio qui non può essere che valutazione giuridica del caso singolo e perciò non può prodursi se non quando i due termini, fatto e diritto siano entrambi presenti nella mente del giudice.

Pur nondimeno dobbiamo ammettere che la separazione dei due momenti costituisce una invenzione ingegnosa e un utile istrumento tecnico (sorto del resto storicamente in modo spontaneo) a fine di permettere la più ampia libertà di azione agli elementi sociali chiamati a concorrere alla funzione giudicante. È uno di quei ritrovati suggeriti, più dalla istintiva percezione di una esigenza, anzi che da un chiaro ragionamento logico. Infatti se i cittadini chiamati a giudicare in qualità di giurati dovessero, al pari dei giudici ordinari, muoversi entro i precisi confini della norma, non raggiungerebbero gli scopi, che deve raggiungere l'istituto dei giurati e sarebbero, anche dei giudici ingombranti (1) perchè non conoscono il diritto al pari dei giudici ordinari e inoltre si troverebbero di fronte al dilemma, o di applicare un diritto, che in un caso specifico non risponde alle aspirazioni della coscienza pubblica e della propria coscienza, o di non applicarlo, divenendo alla loro volta violatori della norma. La giustizia e il buon senso in quest'ultimo caso trionferebbero contro la rigida legalità, moderandola e rendendola più flessibile per potere conciliare, gli scopi del diritto con le condizioni, nelle quali, si verifica il caso singolo.

Occorreva adunque trovare un modo che permetesse

(1) Questo non si potrebbe affermare, se si accettasse la riforma radicale che abbiamo proposto al § 126.

alla stessa violazione di entrare nell'orbita della legalità, e questo modo che, teoricamente, può apparire un problema insolubile, è stato suggerito, come spesso avviene, da un aggiustamento pratico, dalla distinzione appunto fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. Se dal punto di vista logico essa può sembrare ed è, un assurdo, dal punto di vista pratico, essa risponde alla duplice necessità del rispetto della norma e del giudizio fondato sopra criterî estranei o addirittura in contrasto con le sue disposizioni. Certo il giudizio del giurì non si fonda mai esclusivamente sul fatto e, come tale, entra nella legalità.

Anche rispetto al giudizio si rivelano le differenze caratteristiche fra i due generi di procedimenti, poichè nel giudizio civile il giudice non può andare più in là di ciò che le parti richiedono: *ultra petitia paritum;* mentre in quello penale egli serba una iniziativa propria e può sentenziare anche in maniera diversa da ciò che le parti richiedono o da ciò che formalmente risulta dal procedimento, essendo suo compito l'adeguazione della norma al fatto in qualsiasi modo ottenuta. La sua funzione più autonoma si spiega con la natura degl'interessi da tutelare e col carattere specifico della sanzione punitiva.

La sentenza, formale espressione del giudizio, costituisce, non solo la chiusura del dibattito, ma la determinazione del diritto del caso singolo e quindi dei rapporti giuridici, che ad esso si collegano. La sentenza, passata in giudicato, è la norma del caso singolo, è la sorgente di diritti nuovi, che discendono dalla norma generica a traverso la mente del giudice e trovano in quella la loro forza obbligatoria. Perciò quando è passata in giudicato, la sentenza si suppone sempre conforme al diritto, per non eternare le controversie. Anche qui alla realtà deve, molte volte, supplire la credenza e generalmente vi supplisce, poichè la necessità di

trovare un punto di arrivo e di sosta in tutti i dibattiti, l'inerzia psichica, l'obbligo dell'osservanza e l'osservanza stessa, generano e alimentano il convincimento che la decisione giudiziaria sia conforme al diritto e infondono alla cosa giudicata carattere sacrosanto, che spesso genera anche la venerazione verso il precedente.

CAPITOLO V

L'esecuzione.

§ 151. — L'esecuzione è il momento finale, il momento della vera e propria attuazione del diritto. Mentre il procedimento è diretto alla ricerca e alla definizione del diritto rispetto al singolo caso ed, eventualmente, alla applicazione della sanzione, l'esecuzione è invece diretta a rendere effettivo il diritto definito o a tradurre in atto la sanzione applicata. A nulla varrebbe aver definito il diritto o applicata la sanzione, se queste cose non si potessero attuare nel fatto. Perciò che in questo momento veramente si rivela la forza coerciva del diritto.

Da ciò apparisce che il fine ultimo di ogni procedimento è sempre l'esecuzione: i due momenti stanno nel rapporto di mezzo a fine. Il procedimento è il mezzo con cui l'esecuzione si collega alla norma e perciò non può diventare fine a sè stesso, come tende spesso ad apparire con i lunghi ed intralciati procedimenti.

§ 152. — Ma, da un punto di vista più generale,

l'esecuzione non è soltanto l'ultimo atto di un procedimento; essa costituisce il momento in cui la norma si fa valere nella vita per mezzo degli organi del potere.

Infatti, la norma si può far valere in due maniere diverse: o per mezzo degli atti dei privati, e prende carattere di osservanza; o per mezzo degli organi del potere, e prende più propriamente il nome di esecuzione. Anche in quest'ultimo caso l'esecuzione è osservanza, ma osservanza con l'obbligo di fare osservare. L'esecuzione, alla sua volta, assume tre aspetti, che potrebbero indicarsi con i nomi di esecuzione amministrativa, giudiziaria e mista, dal nome degli organi per mezzo dei quali si determina.

Non è qui il caso di addentrarci in particolari, che ci porterebbero nell'àmbito di singole discipline giuridiche. Notiamo soltanto che in questo momento finale della vita della norma si accentua il contributo degli uomini, perchè allora si determina il vero contatto del diritto con la vita onde si può dire che, in certo modo, questo è il momento più subbiettivo del diritto obbiettivo. Infatti allorchè si tratta della costituzione della norma, l'azione degli uomini si esaurisce con quella stessa costituzione. La norma, in tanto può obbiettivarsi, in quanto si rende indipendente da quell'azione. Anche quando viene applicata, il contributo degli uomini, quantunque molto importante, ha un limite fisso e si esaurisce col giudizio. Ma l'esecuzione, in genere, implica un intervento continuo, un'azione costante, che nel maggior numero dei casi esige una serie illimitata di atti. Si può dire, in un certo senso, che l'esecuzione accompagna l'uomo per tutta la sua esistenza. Anche a prescindere dalle numerose formalità e dagli atti molteplici, che spesso occorrono per una semplice esecuzione civile; abbiamo nella esecuzione punitiva una serie illimitata di atti, che una serie numerosa di agenti deve

compiere fino al momento in cui la pena è scontata e spesso anche per un periodo posteriore. È appena poi necessario notare che nell'esecuzione amministrativa gli atti degli agenti non hanno limiti specifici, ma limiti generici e che il buon andamento della amministrazione dipende sopra tutto dal buon volere di coloro, che devono farne funzionare gli organismi.

Insomma nel momento dell'esecuzione sono gli elementi vivi del diritto che operano più che la norma astratta, e solo per mezzo di quelli l'apparato regolatore può acquistare efficienza pratica.

§ 153. — Da qui l'importanza di alcuni requisiti, che deve possedere l'esecuzione per riuscire nel suo intento e che costituiscono i criterì, cui devono informarsi coloro che eseguono.

L'esecuzione deve essere innanzi tutto certa, poichè l'incertezza dell'esecuzione rende il diritto incerto. A nulla vale avere norme certe allorchè vengono incertamente eseguite. Il dubbio nell'esecuzione, non solo opera direttamente nel caso specifico, ma indirettamente si riflette su tutto quell'insieme di credenze per opera delle quali il diritto vive e diventa efficace. Il disordine, più che dalla imperfezione del diritto, in molti casi deriva dalla incertezza dell'esecuzione.

L'esecuzione deve anche essere energica, poiche nell'esecuzione si rivela tutta la forza del comando, tutta l'energia della volontà, che vuole farsi obbedire. Tale energia deve allora spiegarsi interamente, tanto da sopraffare tutti i movimenti che operano in senso contrario. Essa allora, non solo induce più agevolmente all'obbedienza la persona alla quale è rivolta, ma aumenta in genere il rispetto per il diritto, costituisce per tutti uno spettacolo educatore e vale a determinare la fibra legale, l'ossequio alla legalità, sia in coloro che osservano la norma, sia in coloro che devono farla osservare. Un'esecuzione debole costituisce un incorraggiamento per

colui che mira a sottrarsi al comando ed è una specie di avviamento alla violazione e all'impunità.

L'esecuzione deve essere celere. In questo momento infatti le discussioni, le titubanze, gli indugi devono cessare. Essi sono possibili nel momento in cui il diritto si pone o quando si cerca il diritto del caso singolo o si deve commisurare la sanzione. Ma quando il diritto è posto, o fissato, quando la sanzione è inflitta, ogni discussione e ogni indugio deve cessare, perchè tolgono al diritto una parte della sua efficacia, generano persuasioni, alimentano speranze, che indeboliscono la forza imperativa del comando. Quando poi si tratta di attuazione di sanzioni, l'indugio, non solo indebolisce le garanzie del diritto, ma, in proporzione della sua durata, rende sempre meno piena la soddisfazione del risentimento o la riparazione del danno.

Ma l'esecuzione non può mai essere certa, energica e celere, se non è possibilmente semplice, cioè adempiuta con un numero minimo di atti e di formalità. Infatti, quando sono molto numerose le disposizioni e molto complicate le formalità, cui gli agenti esecutori devono attenersi; o sono molte le autorità che comandano e molto complicati i rapporti intercedenti fra di esse e gli agenti che devono eseguire, l'esecuzione difficilmente può raggiungere un grado elevato di certezza, di energia e di celerità.

§ 154. — Ora, proprio a tal riguardo si verifica un contrasto crescente a misura che il diritto si sviluppa.

A misura infatti che il diritto si evolve e si perfeziona, diventa sempre più impellente il bisogno di una attuazione celere e certa. Ma, d'altra parte, lo sviluppo del diritto implica una crescente complicazione, sia perchè esso accompagna lo sviluppo della convivenza, che è, sotto un certo aspetto, crescente complessità di parti e di rapporti; sia perchè lo stesso organismo giuridico non potrebbe evolversi progressivamente, se non per

mezzo di una crescente specificazione di parti e di rapporti. Inoltre, lo sviluppo del diritto suppone anche sviluppo di garanzie e quindi di controlli nel momento dell'esecuzione, i quali non possono non complicare immensamente i congegni, per mezzo dei quali si opera. Onde si presenta assai grave il problema di conciliare la rapidità dell'esecuzione con la complicazione degli organismi che ad essa presiedono e delle disposizioni, che la regolano. E la conciliazione non può prodursi se non per mezzo di quello stesso processo di specificazione, che se da una parte può complicare i rapporti, d'altra parte fornisce il modo di semplificarli. Essa li complica allorchè i compiti non sono bene assegnati, le responsabilità non sono ben divise e non si proporzionano all'entità della funzione; li semplifica allorchè le attribuzioni si designano entro confini ben certi e si conferisce a ciascun organo il potere di muoversi in modo autonomo entro i limiti della propria competenza, con una responsabilità precisa e in armonia con l'estensione del proprio potere.

Se non che, con lo sviluppo dell'incivilimento, con la molteplicità e connessione dei rapporti sociali e giuridici, con la partecipazione di un numero sempre più grande di persone all'adempimento di ciascun compito, il processo di specificazione facilmente si esagera o degenera. E allora sorge una forma caratteristica di organizzazione, le cui peculiarità sono sopra tutto la lentezza, la passività, lo spirito di conservazione, la complicazione esagerata e non necessaria degli ordinamenti e delle funzioni. Questa forma di organizzazione, che va col nome di burocrazia, tende ora ad affermarsi dovunque nei moderni ordinamenti sociali e politici, operando in modo da impacciarne il moto; ma è sopra tutto negli ordinamenti statuali e nel momento dell'esecuzione che fa sentire gli effetti più dannosi.

La burocrazia si fonda anch'essa su di una specifica-

zione di funzioni, ma ha di mira, più le funzioni, che i fini, cui queste devono essere rivolte. Inoltre, essa sviluppa ed esagera a preferenza i vincoli che legano e subordinano le parti, anzi che l'autonomia e la responsabilità di ciascuna; onde è condotta alla formazione delle gerarchie rigidamente disciplinate, capaci di dispiegare una notevole forza di resistenza, ma incapaci di iniziare e di muovere. Le burocrazie si formano e si consolidano in mezzo al mare agitato della vita moderna ed invadono anche quei dominî di rapporti, che, per la loro natura, sembrerebbero più refrattarî all'ordinamento burocratico, quali il commercio, le industrie, le banche. Il fenomeno ha quindi una portata generale, che esorbita dal campo, su cui abbiamo portato il nostro esame ed è prodotto da cause profonde, delle quali qui non possiamo occuparci. Forse le burocrazie costituiscono fenomeni di transizione fra le vecchie e le nuove forme di divisione del lavoro, cui le convivenze moderne non sono sufficientemente apparecchiate, e funzionano quale un transitorio mezzo di adattamento; o forse costituiscono un necessario elemento di stabilità in mezzo allo mobilità caratteristica di una epoca innovatrice. Ma a noi basta notare che, più l'esecuzione diventa burocratica e più si allontana da quelle caratteristiche, onde viene assicurato il suo regolare e benefico funzionamento.

Siccome con l'esecuzione, dalle sfere dell'astratto, la norma entra nella realtà della vita, si subbiettiva in coloro che fanno osservare il comando e in coloro che debbono osservarlo; così per mezzo di essa siamo naturalmente condotti a considerare l'altro aspetto del diritto e cioè il diritto subbiettivo.

PARTE V

IL DIRITTO DAL PUNTO DI VISTA SUBBIETTIVO

CAPITOLO I

Necessità di distinguere il diritto subbiettivo dal diritto obbiettivo.

Sommario. — 155. Introduzione. — 156. I due aspetti del diritto. — 157 L'azione del diritto naturale. — 158. L'azione dell'individualismo. — 159. La reazione. Teoria del Duguit. — 160. Connessioni e distinzioni fra diritto obbiettivo e subbiettivo. — 161. Potere subbiettivo e grado di obbiettività.

§ 155. — La vita sociale non è propriamente regola, ma è insieme di azioni e di rapporti, che si svolgono secondo una regola; se non vi fossero azioni e rapporti da regolare, la regola non avrebbe ragione di essere. La materia prima, la materia vivente delle convivenze umane è, come sappiamo, costituita dalle azioni degli uomini. Ma se la regola suppone le azioni e i rapporti, non vi è poi dubbio, che una volta affermatasi quale regola, conferisce ad essi una data disposizione, determina per ogni individuo o gruppo d'individui sfere di attività, provoca distinzioni fra di esse, attribuisce un dato valore ai differenti modi di agire, ecc. Se ciò non facesse, non sarebbe regola. Tutti questi effetti vengono

prodotti anche dalla norma giuridica; da questa anzi in modo più eminente che non dalle altre regole, avendo la norma giuridica un carattere più spiccatamente formale ed esterno e quindi più capace di reagire sulla coordinazione dei rapporti umani.

Ora la connessione degli atti umani con le disposizioni della norma, le combinazioni che ne derivano, quando sono considerate dal punto di vista degli agenti, costituiscono l'aspetto subbiettivo del diritto, che è quello su cui dobbiamo ora portare la nostra attenzione. Esso costituisce la parte più importante del diritto, quella in cui il diritto si afferma in tutta la sua vivente realtà. In essa studieremo il soggetto quale volontà operante nel dominio del diritto, quindi il valore del volere nel determinare rapporti giuridici e finalmente la connessione fra l'atto e il volere autonomo in quanto causa dell'operare. Onde questa parte va naturalmente divisa in tre sezioni: il *diritto subbiettivo,* la *teoria della volontà nei negozi giuridici,* la *teoria della responsabilità.*

§ 156. — Parlando dei caratteri formali della norma giuridica, notammo che uno di questi caratteri è la bilateralità, la quale si rivela, sia rispetto alle persone cui si rivolge il comando, sia rispetto agli effetti, che esso produce nei rapporti della vita. Sotto quest'ultimo aspetto, la norma genera per gli uni una facoltà, una pretesa; per gli altri un obbligo. Si ha allora il diritto subbiettivo, il diritto cioè considerato, non più in sè stesso, astrattamente preso, ma il diritto nella realtà concreta, rispetto ai soggetti operanti.

Questi due lati del diritto, l'obbiettivo e il subbiettivo, non furono sempre nettamente distinti, nè ebbero la medesima importanza. Così, è indubitato che nel periodo formativo del diritto, allorchè il diritto si costituisce e si afferma, il momento subbiettivo acquista maggior rilievo, perchè allora gl'individui e i gruppi

umani lottano per acquistare la loro posizione, per difendere le loro pretese. Ma sì tosto che il diritto riesce a costituirsi definitivamente e si afferma quale norma imperativa e imprescindibile, il lato obbiettivo assume un decisivo sopravvento. Quest'ultimo è il fenomeno che ci si presenta, ad esempio, a Roma, a misura che lo Stato si organizza; il diritto vi apparisce quale un *iussum*, un comando; il lato subbiettivo cade mano mano in seconda linea. L'opposto invece accade nei popoli germanici, presso i quali il concetto dello Stato è lento a sorgere, mentre è vivo il sentimento della libertà. L'aspetto del diritto quale comando regolatore cade in seconda linea, mentre acquista speciale rilievo il momento subbiettivo, il potere dell'individuo.

Questa tendenza caratteristica propria di un diritto più giovane, alla quale contribuirono, senza dubbio, anche influenze di razze, dovevano poi esercitare un'azione notevole, sia nella pratica, sia nelle concezioni scientifiche. E fu sopra tutto per opera delle dottrine tedesche che quest'aspetto del diritto acquistò importanza nell'epoca moderna ed occupò un posto cospicuo nelle trattazioni dei giuristi e dei filosofi del diritto.

§ 157. — Ma due ordini di cause sopra tutto contribuirono a mettere in rilievo il lato subbiettivo del diritto. Innanzi tutto abbiamo l'azione delle dottrine del diritto naturale.

Quando nuove esigenze vogliono essere accontentate e farsi valere nel dominio del diritto e, conseguentemente, nuove idealità si delineano nelle coscienze, gli individui sono indotti ad affermare energicamente le loro pretese. L'intensità delle aspirazioni dà origine alle credenze, in forza delle quali si considera come già accaduto quello che ardentemente si desidera. Si suppone cioè che le nuove esigenze siano già riconosciute da una qualche norma; ma l'attenzione non si porta allora su di questa, che viene vagamente presupposta; si porta

invece sulle esigenze e sulla pretesa, che le accompagna, la quale allora occupa in certo modo tutto il campo della coscienza, e si parla a preferenza di diritti nel significato subbiettivo, come se questi già esistessero, indipendentemente dal volere dello Stato.

Questo era appunto il fenomeno che si verificava allorchè prevalevano quell' insieme di dottrine, che vanno col nome di diritto naturale e che acquista speciale preminenza per le condizioni storiche, in cui si determina. Il diritto naturale divenne la bandiera, di cui si servivano le nuove esigenze, con cui le nuove pretese volevano affermarsi. In queste affermazioni l'aspetto subbiettivo del diritto veniva messo in prima linea e il diritto naturale si contrapponeva a quello positivo; non come una norma si contrappone ad un'altra norma; ma come una norma si contrappone ad un insieme di pretese. Certo, anche queste hanno la loro radice in una norma, se non che essa allora viene sottintesa e non apparisce che nel momento della rivendicazione; onde il momento subbiettivo della pretesa acquista speciale rilievo.

§ 158. — Strettamente connessa col diritto naturale si svolge anche l'azione delle tendenze individualistiche, le quali operavano potentemente alla demolizione dei vecchi regimi. Queste tendenze rappresentano ordinariamente lo stadio transitorio di passaggio, fra due forme diverse di solidarietà umana; cioè fra la forma di solidarietà fondata sulla conformita delle coscienze e quindi di carattere prevalentemente meccanico e quell'altra determinata dalla disparità delle coscienze e quindi di carattere prevalentemente organico, fondata sulla divisione del lavoro. Ma si capisce che, fino a tanto che esse prevalgono in modo accentuato, non è il diritto quale comando che può acquistar rilievo, sì bene il diritto quale espressione di una volontà, che desidera vivamente di estrinsecarsi in una sfera autonoma e vuole

essere rispettata dalle altre volontà. Il diritto cioè apparisce a preferenza quale un potere individuale, che lotta per il suo riconoscimento, si agita per la sua affermazione.

I due ordini di cause s'influenzano reciprocamente, poichè attingevano entrambe ad una sorgente comune, che erano le nuove esigenze della vita. Mentre il diritto naturale assumeva uno spiccato carattere individualista; le tendenze individualistiche, alla loro volta, assumevano la forma di diritto naturale. Di guisa che queste tendenze costituivano in certo modo il contenuto delle nuove aspirazioni, che trovavano nel diritto naturale la formula e il modo di farsi valere. E mentre le une davano alla formula tutto l'impulso del bisogno; le dottrine del diritto naturale fornivano al bisogno tutta la chiarezza e la logica connessione delle idee.

§ 159. — Queste le condizioni che attirarono le menti verso il lato subbiettivo del diritto e ne provocano tutta una rielaborazione scientifica.

Ma dovevano anche condurre ad esagerare le differenze fra l'aspetto subbiettivo e quello obbiettivo. Già è proprio di ogni nuova tendenza di esagerare i caratteri distintivi del fenomeno sul quale si fonda, come è proprio di ogni nuova percezione d'ingrandire le differenze, che valgano a distinguerla dalle altre. E ciò è naturale, poichè è in forza dei loro caratteri distintivi che ogni nuova percezione e ogni nuova tendenza riescono a farsi valere nella coscienza. Massimamente poi ciò accade quando cause potenti agiscono, come nel caso attuale, a conferire speciale risalto alle differenze. Onde non dobbiamo meravigliarci se per un certo tempo vediamo prevalere nelle costruzioni del diritto subbiettivo la tendenza a considerare questo aspetto del diritto quale un mondo nuovo, quasi come staccato dal diritto obbiettivo. I due aspetti del diritto si considerarono come totalmente distinti e contrapposti, come si contrap-

pongono la costrizione e l'autonomia del volere, l'ordine e la libertà: e si lamentò perfino che in molte lingue dovessero venire espressi con l'unica parola: *diritto* (1).

Questa esagerazione doveva prima o poi provocare una reazione, poichè non era rispondente alla realtà delle cose; e quel che è curioso, la reazione avvenne a nome del diritto naturale, cioè di quelle stesse dottrine, che avevano contribuito ad esagerare il lato subbiettivo del diritto. Ma vi sono tante maniere d'intendere il diritto naturale, il quale, come abbiamo già osservato, non è che una credenza destinata a rendere più autorevoli esigenze nuove e nuove maniere d'intendere il principio di giustizia. Di questa reazione si è fatto interprete in Francia il professore Duguit, che ha formulato una dottrina, secondo la quale, il diritto è un principio, o meglio una regola di solidarietà sociale, poichè senza solidarietà non potrebbe esistere alcuna convivenza. Questa regola comanda ai governanti e ai governati e mentre impone a questi l'obbligo dell'osservanza, impone a quelli l'obbligo di mettere la forza a servizio di essa (2).

Si vede subito che questa dottrina è eminentemente atta a mettere in rilievo il lato obbiettivo del diritto. « Dalla osserviazone della natura umana, nota infatti il Duguit, non si può dedurre che la nozione di una regola di condotta e non la nozione di una certa qualità, di una certa sfera giuridica appartenente ai soggetti ». Certo questa regola di condotta, per farsi valere, deve pure applicarsi alle volontà singole, e non può non risultarne per ciascuna un certo potere di agire, ma « questo potere non è diritto, non costituisce una sfera giuridica; esso non è che la stessa regola ». Non può

(1) Rümelin, *Reden und Aufsätze*, Freiburg B., pag. 322.
(2) L. Duguit, *L'Etat, le droit obj. et la loi positive*, Paris 1901. Specialmente cap. II.

quindi esistere un diritto subbiettivo, tale diritto non è che una mera finzione; ciò che esiste non è che un *potere obbiettivo* e più propriamente un *potere obbiettivo giuridico.* La regola di solidarietà opera adunque, siccome una forza isolante, cui si assoggetta ciascun individuo e gl'impone un potere, che è in fondo l'illusione del potere, poichè è un potere obbiettivo, che non fa appello alle singole volontà, non ne stimola le energie, non ne provoca la cooperazione, risiedendo esclusivamente nella volontà astratta della regola.

Questa dottrina non è certamente sostenibile, poichè è un insieme di affermazioni gratuite destituite di fondamento, lontane da quella realtà, su cui vorrebbe basarsi. Che cosa è infatti questo *potere obbiettivo,* se non deve intendersi quale una facoltà e una pretesa imposta o accordata all'individuo? Se cioè non è un diritto o una serie di diritti che la norma conferisce ad una volontà, acciò essa si muova, agisca per farli valere, per usarne o non usarne, secondo i casi? La norma comunica un tal potere, non a corpi inerti, ma ad organismi viventi; e perciò questo potere, per esistere, per affermarsi come tale, deve inevitabilmente subbiettivarsi. E solo in quanto si subbiettiva, riesce a far muovere la norma e a tradurla in atto. Ma, a traverso le sue esagerazioni, questa dottrina ha il merito di aver richiamato l'attenzione sul nesso intimo fra il diritto subbiettivo e la norma, per cui quello non costituisce qualche cosa per sè stante, quale un mondo nuovo nel dominio del diritto; ma solo un diverso aspetto della regola, una individuazione della norma. È la norma che scende, a dir così, dalla sfera dell'astratto, per fissarsi, per concretarsi, nelle volontà che devono farla valere, che devono muoversi in armonia con essa.

Se non che la connessione indissolubile fra la norma e la volontà, che opera in armonia con essa, non ci deve far perdere di vista il carattere obbiettivo della

prima e il carattere subbiettivo della seconda. Si ha ragione di affermare che « la volontà che vuole la realizzazione della regola, è la regola che si applica alla volontà; la regola, applicandosi alla volontà, è la volontà che vuole la regola » (1). Ma ciò non toglie che volontà e regola siano due cose distinte. La regola è sempre, come sappiamo, comando obbiettivato, disposizione generica, fissa; la volontà invece è sempre energia psichica singola, individuale, subbiettiva. Onde la volontà che vuole la regola, non è più la regola pura e semplice, ma è la regola più qualche cosa, la volontà, che si determina per osservare o utilizzare la regola, è la combinazione della volontà con la regola, è una sintesi subbiettiva, che si muove entro la regola, ma vi si muove in modo autonomo, spinta da una propria energia, che non è più quella della regola soltanto. Anzi la regola, per sè stessa, è qualche cosa di morto, d'inerte, che non si anima, se non in forza dell'energia, proveniente dalle singole volontà. In pari tempo, la volontà, che vuole la regola, è già una volontà regolata, perciò una volontà che presuppone la regola; e se la presuppone, non può essere la stessa cosa che la regola.

§ 160. — Da qualunque lato si guardi il problema, la confusione o l'assimilazione fra le due cose non è possibile. Noi possiamo trovare una connessione intima, inseparabile, fra di esse; possiamo anche riconoscere che il diritto subbiettivo e quello obbiettivo non siano propriamente due fenomeni diversi, ma due diverse manifestazioni della stessa fenomenologia giuridica, due aspetti di un fenomeno identico nella sua intrinseca natura; ma non possiamo andare più oltre. Non possiamo confondere la volontà che opera secondo la regola o che di essa si giova, con la stessa regola e ritenere che la

(1) *Op. cit.*, pag. 144.

volontà si obbiettiva con la regola, sia la medesima cosa che la volontà operante nell'àmbito di essa.

Nella realtà il fenomeno giuridico ci si presenta ora sotto l'aspetto di comando, ora sotto l'aspetto di volontà, che operano in armonia o in contrasto con esso. I due aspetti non possono ridursi l'uno all'altro, senza perdere di vista la realtà e alterare il carattere proprio del fenomeno giuridico. Il diritto non avrebbe ragione di essere se non potesse subbiettivarsi, poichè la norma, in tanto opera e può raggiungere il suo intento, in quanto determina per ciascun soggetto operante, una propria sfera di attività, entro la quale esso possa muoversi per il raggiungimento dei proprî fini. Si può ammettere, fino a un certo punto e in un certo senso, che il diritto subbiettivo non è una formazione per sè stante, ma è la stessa norma che si subbiettiva tutte le volte che vi è una volontà che agisce; così dicendo peraltro, non si muta il carattere del fenomeno, il quale è e rimane pur sempre in tal caso un fenomeno subbiettivo, perchè la norma opera per mezzo della volontà, che se l'assimila, della volontà che si congiunge e si combina con essa. Se questa congiunzione non si verificasse, la norma rimarrebbe vuota astrazione. Essa è una forza che va utilizzata e non può essere utilizzata se non dalle volontà individuali. Sicchè la subbiettivazione non è che individuazione, riduzione della categoria al fenomeno specifico, del caso tipico al caso singolo. In questo momento cioè la norma si va specificando e incorporando nelle diverse volontà, alle quali in genere si rivolge, a misura che queste si trovano nelle condizioni per operare in armonia o in rapporto con essa e operano effettivamente. La sua forza regolatrice è appunto in rapporto con questo processo d'individuazione. Più riesce a individuarsi, più riesce a regolare.

Ma, in pari tempo, il diritto è anche fenomeno obbiettivo, che si va obbiettivando, e ciò non solo nel

momento della sua genesi, della sua affermazione quale comando, ma anche nel momento, in cui la volontà degli uomini viene a renderla attuosa. Infatti, il diritto subbiettivo può affermarsi come tale solo quando riesce a connettersi con una norma che lo riconosca e lo faccia valere. L'ordine nasce solo allorquando le singole volontà riescono a collegarsi ad un comando generico e a valere in armonia con esso. Solo allora le singole volontà diventano parti del tutto ed entrano attivamente nell'ordinamento giuridico. Quali singole volontà esse non hanno diritti, poichè il diritto è sempre una creazione della norma.

Perciò al processo di individuazione corrisponde un processo di sussunzione, in quanto ogni singola volontà cerca la norma a cui collegarsi per farsi valere in un ordinamento di rapporti. Ogni affermazione di diritto subbiettivo è collocamento della volontà singola nell'àmbito della norma e perciò la presuppone. E certo, un potere giuridico dell'individuo, senza la norma su cui basarsi, mancherebbe di fondamento, cioè non sarebbe vero potere giuridico; onde, chi annunzia la sua facoltà, chi vuol difendere la sua pretesa, è istintivamente portato a riempire quel vuoto, a presupporre quella base. È questa tendenza irresistibile, che molte volte genera la credenza intorno alla effettiva esistenza di una norma, anche quando non esiste, e può anche condurre alla sua effettiva costituzione. Il diritto naturale, sempre rinascente, quantunque sotto nomi diversi, non è, in fondo, che conseguenza di questo fatto.

I due aspetti del fenomeno, non solo si collegano e si presuppongono, ma s'integrano anche a vicenda: negare uno di essi significa negare anche l'altro, rendere l'altro inconcepibile.

§ 161. — Ma possiamo andare anche più oltre e riconoscere che il grado di obbiettività di una norma, lungi dal distruggere il potere subbiettivo dei soggetti

operanti, è appunto quello che implicitamente lo determina. Onde avviene proprio l'opposto di quello che supponeva il Duguit.

Infatti, se esaminiamo, da questo punto di vista, le diverse categorie di norme, possiamo notare che solo per opera della norma giuridica, che è norma completamente obbiettiva, il potere dei singoli acquista vero carattere di facoltà generante pretese. Così, dalle norme religiose l'individuo non riceve poteri, ma semplicemente obblighi. La sua individualità s'innalza solo con l'adempimento di tali obblighi e cioè in certo modo si distrugge nel medesimo tempo che si sublima. Che se in certe religioni al concetto di obbligo si collega quello di pretesa (per esempio che certe osservanze possano generare il diritto di pretendere dalla divinità un qualche corrispettivo benefizio) ciò significa che si è fatta strada nelle coscienze l'idea di una norma obbiettiva, che guidi la stessa volontà divina e conferisca quindi anche agli uomini un certo potere. Anche rispetto alle norme morali non apparisce un potere riconosciuto all'individuo di fronte agli altri, appunto perchè la norma etica vive nella coscienza di ognuno e manca di una esterna obbiettività. La morale è universale come principio, non come norma e perciò non può conferire poteri determinati. Non vi è dubbio che anche nel dominio dell'etica si abbiano correlatività di obblighi, come in tutto il campo della vita sociale, ma qui la correlatività degli obblighi non può tradursi in una correlatività di pretese, poichè ciò che importa nella morale non è la connessione fra gli atti di diversi individui, ma il rapporto dell'atto con un determinato ideale. Da qui segue che il vero precetto etico deve imporre, non soltanto che si faccia agli altri ciò che si vuole venga fatto a noi stessi, ma innanzi tutto, anzi esclusivamente, che si faccia agli altri il bene, indipendentemente di ciò che gli altri fanno o faranno verso di noi.

La formazione di un potere autonomo e quindi di una pretesa a favore dell'individuo incomincia solo a delinearsi nelle norme del costume, appunto perchè queste sono norme esternamente obbiettivate. Chi adempie certi atti di convenienza verso gli altri, si sente in certo modo autorizzato a pretendere che gli altri li adempiano in pari modo verso di lui. Vi è quindi un potere che si subbiettiva, che si individualizza, creando attribuzioni nei singoli soggetti operanti. Se non che le norme del costume non sono pienamente obbiettive, sia perchè implicano sempre un certo riferimento all'elemento intenzionale, sia perchè manca per esse un organo, che le formuli e le faccia valere, e perciò non possono generare veri e proprî poteri subbiettivi (1). Queste condizioni invece, come sappiamo, esistono per le norme giuridiche e perciò in questa il comando diventa garanzia e determina a favore degl'individui specifici poteri.

Da ciò risulta chiaramente che il potere subbiettivo è in istretta correlazione col grado di obbiettività della norma e quindi col suo grado di esteriorità, che ne costituisce l'altro aspetto. Più questi elementi si accentuano e più conseguentemente si sviluppa il potere subbiettivo. Il potere obbiettivo non esclude, anzi genera il potere subbiettivo, poichè solo in tal modo si traduce nella realtà e diventa norma di garanzia. Onde potere subbiettivo e garanzia costituiscono i due momenti integranti del diritto subbiettivo, ma sono in pari tempo conseguenza dell'obbiettivazione della norma. Solo in quanto e per quanto il potere di comando si obbiettiva per mezzo della norma, può subbiettivarsi a favore dei singoli soggetti operanti. È quindi intima la connessione fra i due aspetti del diritto; essi non si possono di-

(1) Vedasi la mia *Norma giuridica*, pag. 187 e seg.

staccare o ridurre ad un aspetto solo. Negando il momento subbiettivo del diritto, si viene implicitamente a negare anche il suo carattere di norma obbiettiva di garanzia e quindi la sua caratteristica specifica di norma di diritto; come negando l'aspetto obbiettivo, si toglie al diritto subbiettivo la sua ragione di essere come diritto.

Bibliografia. — Savigny, *Sistema del diritto romano;* Jhering. *Esprit du droit romain;* Wallaschek, *Studien zur Rechts philosophie* ' Regelsberger, *Pandekten;* Gierke, *Deutsches Privatrecht;* Jellinek, *Diritti pubbl. subbiettivi*; Thon, *Rechtsnorm u. subj. Recht*; Schuppe, *Der Begriff. de. subj. Rechts;* Bernatzik, *Die juristische Persomlichkeit der Behörden;* Frenzel, *Recht u. Rechtsätze*; Romano, *Diritti pubbl. subbiettivi*.

CAPITOLO II

Natura specifica del diritto subbiettivo.

§ 162. Veduta la necessità di studiare il diritto anche sotto l' aspetto subbiettivo, dobbiamo ora procedere a questo studio, cercando di abbracciare il fenomeno nella sua totalità, in tutte le sue manifestazioni essenziali, come si conviene in una ricerca di ordine filosofico.

E quì ci troviamo di fronte ad un primo scoglio. Ordinariamente, quando si studia il diritto dal punto di vista subbiettivo, si tengono gli sguardi rivolti a certe peculiari manifestazioni del fenomeno giuridico, sopra tutto al diritto privato; e ciò senza neppure una chiara coscienza. La maggiore antichità di queste parti,

la loro elaborazione scientifica più progredita, il loro carattere più semplice, attirano in particolar modo l'attenzione dello studioso. Ma in tal modo, se si possono mettere meglio in rilievo certe caratteristiche specifiche, si perdono di vista o si fraintendono quelle generiche, le quali più interessano dal punto di vista filosofico.

Vi è ancora un altro scoglio, determinato ancora dalla incompleta specificazione dei nostri studî e dal sorgere di una disciplina nuova, la *Teoria generale del diritto positivo*, la quale si assume compiti che venivano prima adempiuti in parte, ma confusamente, dalla filosofia del diritto, specialmente in questo campo di ricerche. Occorre quindi rispettare i nuovi confini e limitare la trattazione a quei punti di vista filosofici, a quei problemi di carattere generico, che la teoria generale del diritto non può esaminare *ex professo* o deve supporre già analizzati da questa disciplina di ordine superiore.

§ 163. Premessi questi criterî, dobbiamo ora domandarci che cosa bisogna intendere per diritto subbiettivo. La risposta l'abbiamo implicitamente data, nel determinare la necessità di questa ricerca. Il diritto subbiettivo è il potere che discende dalla norma giuridica in forza della sua stessa obbiettivazione, quale norma di garanzia. Esso è cioè il potere accordato alla volontà per muoversi in armonia con le disposizioni e con gli scopi della norma. Questa infatti opera su volontà umane e per mezzo di esse, conferendo a ciascuna un determinato potere. Tale potere perciò non è un potere arbitrario, ma un potere regolato; e anche nei limiti della regola, non viene sempre abbandonato all' arbitrio dell' individuo, cui è concesso, poichè può venire anche conferito dalla norma con l'obbligo di usarlo in certe date evenienze. Vi è infatti tutta una parte del diritto, nella quale il diritto subbiettivo deve essere

necessariamente fatto valere in determinate condizioni e quindi non è una semplice facoltà abbandonata all'individuo.

Il potere subbiettivo può quindi presentarsi quale una semplice facoltà o pure quale potere obbligatorio. Questa distinzione richiama quella che abbiamo notata nel diritto obbiettivo, fra diritto pubblico e diritto privato. Il diritto privato, essendo un diritto dispositivo od autorizzante, concede alle volontà meri poteri facoltativi, perchè l'individuo allora opera per un interesse proprio. Il diritto pubblico, essendo un diritto cogente, conferisce invece poteri obbligatorî, che devono cioè essere necessariamente usati in date condizioni, perchè allora l'individuo non opera più quale semplice individuo, ma in rappresentanza di pubblici interessi.

Negli ordinamenti giuridici positivi non sempre questa distinzione apparisce nettamente attuata, e ciò, sia per ragioni di opportunità, sia per l'imperfezione degli stessi ordinamenti; sia infine, perchè l'elemento dell'obbligo non si lascia sempre determinare giuridicamente. Dobbiamo ricordare che tali distinzioni hanno sempre carattere empirico, quindi manca ad esse il carattere della universalità.

§ 164. Abbiamo detto che il diritto subbiettivo è un potere *accordato* alla volontà; potremmo invece dire che è un potere *riconosciuto* ad essa? Il cambiamento di parole qui implica un radicale cambiamento di concetti. Infatti, se parliamo di un potere *accordato* alla volontà, veniamo implicitamente ad ammettere che il potere, di cui si tratta, sia una vera creazione della norma, di modo che non potrebbe esistere senza l'azione di essa. Se parliamo invece di potere *riconosciuto*, veniamo implicitamente ad ammettere che tale potere esista indipendentemente dalla norma, onde questa si limita a constatarne l'esistenza.

Questa seconda maniera di concepire il diritto subbiettivo è quella che si è costituita sotto la diretta influenza delle dottrine del diritto naturale e continua ancora a dominare nella mente di parecchi giuristi e filosofi del diritto. Il diritto naturale supponeva appunto l' esistenza di facoltà e di pretese indipendentemente dalla norma positiva e conferiva a questa il semplice compito di constatarle. Ma, se la norma si dovesse limitare a questo compito, la sua funzione regolatrice sarebbe inesplicabile. Se, infatti, essa regola, ciò avviene perchè può disporre i fatti e i rapporti sociali in un dato modo, perchè può aggiungere ad essi qualcosa, che prima non esisteva, appunto perchè può creare un ordine nuovo. Come abbiamo già notato, il mondo dell'essere si distingue da quello del dover essere, perchè, mentre il primo implica un ordine di cause, il secondo implica un ordine di fini. Quest'ultimo quindi non può essere una semplice constatazione, ma deve necessariamente determinare una disposizione per il raggiungimento dei fini. La norma, in altri termini, non è affermazione di un principio scientifico, ma è costituzione di un ordine pratico.

Si potrebbe opporre che la norma giuridica, pur regolando un ordine di cose, non lo determina, poichè esso già esiste in forza di un principio superiore, e perciò il diritto subbiettivo è il riconoscimento di un potere che già esiste in conseguenza di quell' ordine. Ma allora si ritorna ai vecchi principî del diritto naturale, e non importa il nome, con cui lo si chiami, e si ammette che il diritto positivo possa esistere indipendentemente dalla norma giuridica proveniente dal potere. Se si riconosce l'esistenza di un diritto positivo, si deve pur riconoscere che esso è qualche cosa di diverso dal diritto non positivo e per conseguenza suppone qualche cosa di nuovo, la formazione di un nuovo elemento, che in questo non esisteva. Infatti, la norma

di diritto positivo, dal punto di vista psichico è una nuova sintesi; dal punto di vista formale è un comando impellente, che si fa valere per mezzo di una sanzione caratteristica. Come prodotto del volere statuale essa non è un semplice riflesso, una semplice fotografia delle esigenze e dei fini della vita, ma è una nuova disposizione impressa a quelle esigenze e a quei fini.

Il potere giuridico che ne discende non è perciò effetto di una semplice constatazione, è bensì un potere nuovo, che modifica, accresce il potere di fatto delle singole volontà. Esso è, in altri termini, un potere formale, che si aggiunge, si sovrappone al potere di fatto e conferisce ad esso una impronta nuova. Certo, senza un potere di fatto, esso rimarrebbe un potere inerte, incapace di farsi valere; ma ciò non significa che cesserebbe di esistere come potere formale. Anzi il potere formale può sopravvivere allo stesso potere di fatto, come quando la norma imprime ad un atto di volontà una esistenza duratura, per cui continua ad aver valore anche quando cessa di esistere la volontà, onde proviene. O pure può anche cessare di esistere quale potere formale, mentre il potere di fatto continua ad esistere, come quando la norma toglie i diritti precedentemente conferiti.

Dobbiamo dunque partire dal principio che il potere giuridico è un potere formale, onde non può essere che una creazione della norma. Questo principio dobbiamo tener ben presente e non tarderemo a vedere di quale aiuto esso ci potrà essere, sia per un chiaro concetto del diritto subbiettivo, sia per la soluzione dei problemi, dei quali dovremo ora affrontare l'analisi.

§ 165. — Per opera della norma la volontà acquista adunque un potere, che prima non possedeva, il potere di agire e di farsi valere in un dato modo nell'ordinamento giuridico, perchè la norma garantisce certe date forme della sua attività e la mette in grado di

usufruire di tutta la forza, di cui quell' ordinamento dispone. Senza dubbio, ogni volontà, ha, come volontà, una forza psichica sua propria, la forza di affermarsi e di agire. Questo potere la norma non può certamente costituirlo, poichè esso è una formazione naturale, ma aggiunge a questo potere un potere suo proprio, per cui le manifestazioni del potere psichico acquistano valore giuridico. Dal punto di vista formale, questo e non altro è il diritto subbiettivo.

Il diritto subbiettivo non può essere potere accordato ad una volontà astratta, ma deve essere necessariamente potere accordato ad una volontà concreta che si muove per il raggiungimento di scopi determinati. Ora, il raggiungimento di uno scopo costituisce un bene e il bene, dal punto di vista subbiettivo, è un interesse; per cui il potere viene accordato ad una volontà in quanto è mossa da un interesse. E siccome in molti casi la volontà manca o è imperfetta, ma esiste l'interesse, così si è conchiuso che il potere viene accordato più che alla volontà, all'interesse e si è definito il diritto subbiettivo quale un interesse garantito. Non si è pensato che, se è inconcepibile un potere accordato ad una volontà astratta, è parimenti inconcepibile un interesse isolato dalla volontà.

Qui vi è un equivoco dovuto alla solita confusione fra la forma e il contenuto materiale. Dal punto di vista formale il diritto subbiettivo non può essere altra cosa che un potere concesso a una volontà per farsi valere nell'ordinamento giuridico; ma, s'intende, non è concesso a volontà astratte, sì bene a tutte quelle volontà concrete che possono entrare nel caso tipico della norma. Certo, il potere viene accordato a fine di tutelare esigenze ed interessi, ma questi fatti hanno riguardo al contenuto, non più alla forma, ma al contenuto della volontà, che è l'interesse che può farsi valere ed è perciò che il potere viene accordato alla volontà e non all'in-

teresse; onde quest'ultimo riceve solo una garanzia indiretta. Un interesse che non trova la sua volontà, non trova neppur la sua tutela. Che se poi si vuole affermare che il diritto tende sempre ad essere, in fondo, la garanzia di un interesse, noi non neghiamo che la norma debba proporsi questo scopo, che è anzi insito nella natura stessa del diritto; ma dobbiamo affrettarci a riconoscere che, con tale affermazione, non si coglie il lato formale del diritto subbiettivo e s'introduce nella concezione di esso un elemento deontologico, il quale non deve confondersi col potere accordato dalla norma.

Si obbietta: se il diritto subbiettivo è il potere accordato al volere, come si spiega che il diritto venga poi conferito anche a volontà incapaci d'agire, a minorenni, a infermi di mente, a enti morali, o ad interessi, dei quali non si conosce la volontà, cui appartengono? Ciò può sembrare una difficoltà, ma è invece una conferma della dottrina che sosteniamo, poichè in questi casi la norma designa le volontà che devono agire in luogo delle volontà incapaci e non conosciute. Come questo possa accadere vedremo in seguito, per ora ci basta riconoscere che dovunque è un diritto subbiettivo, è una volontà, cui esso si riferisce. Questa volontà non sempre apparisce sulle prime, ma ciò non significa che non esista. Essa va allora ricercata e finchè non si scopre, non si può parlare di diritto subbiettivo.

È poi appena necessario notare che, quando parliamo di volontà, in tutta questa trattazione non intendiamo una volontà astratta, una volontà nuda staccata da tutti gli altri fatti della coscienza, ma una volontà concreta, in un concreto organismo umano e perciò connessa intimamente con tutti gli altri fatti psichici e corporei dai quali risulta l'umana individualità. Volontà quindi significa, per noi, indice della personalità. È vero che ci sono i corpi morali, la volontà del defunto. Ma,

neanco in questo caso, si tratta di volontà astratte, ma si tratta di volontà obbiettivate, che acquistano un potere giuridico per mezzo della norma.

CAPITOLO III

I tre momenti del diritto subbiettivo.

§. 166. — Esaminando la natura del diritto subbiettivo, possiamo facilmente scorgere in esso tre momenti, e cioè la potestà di agire, l' attività giuridica, che ne scaturisce e finalmente la pretesa. Analizziamoli separatamente.

Il diritto subbiettivo può affermarsi quale semplice potere di muoversi entro una data sfera d'azione garantita, come quando io affermo di essere proprietario, cittadino, funzionario, creditore, ecc. Il diritto subbiettivo si presenta allora quale una specie di potere potenziale. È questo il primo momento, il momento, a dir così, più obbiettivo del diritto soggettivo. In esso si delinea o si annunzia la sfera giuridica garantita dalla norma, ma ancora rimane inerte la volontà, che vi si muove dentro. L' ordinamento giuridico si presenta allora da un punto di vista statico, come nel diritto obbiettivo, solo, che viene considerato dal lato dei singoli poteri che ne scaturiscono e perciò si delinea una *facultas agendi*. Il soggetto operante si riconosce o viene riconosciuto possessore di un diritto, ma non si muove per farne uso. Il suo diritto rimane in certo modo un'astrazione ancora confusa col comando.

Ma, una più profonda analisi dimostra come esistano in questo primo stadio tre casi distinti, ciascuno dei quali presenta una fisionomia propria. Infatti, il potere giuridico può rimanere inerte, perchè manca alla volontà la capacità di agire, o perchè mancano le condizioni, che rendono perfetta la facoltà, o perchè manca il desiderio di farne uso. Nel primo caso la volontà può essere incapace di esercitare il suo potere, sia per mancanza o anomalia di sviluppo, sia perchè priva di energia propria, essendosi obbiettivata in una data forma e in un dato modo. Ma l' incapacità di volontà non significa sempre inerzia di potere, poichè questo può venire assunto da volontà rappresentanti.

Nel secondo caso l' inerzia del potere è dovuta a cause inerenti al potere stesso. Questo è sempre un potere condizionato, sia dalle disposizioni della norma, sia da altre volontà, che si muovono conformemente a queste disposizioni. Finchè queste condizioni non si verificano, esso non è ancora potere perfetto.

Nel terzo caso finalmente il potere rimane inerte per opera della volontà stessa che lo possiede, la quale non ha interesse a metterlo in azione. È la nuda *facultas*, cui manca la vita, l'attività, lo stimolo a rivelarsi come tale.

§ 167. — Da qui l' importanza del secondo dei tre momenti principali, quello dell'atto, del potere in azione. In questo stadio veramente si delinea il momento subbiettivo del diritto, poichè il diritto è attività; un diritto inerte è come inesistente. Il momento dinamico del diritto comincia col suo esercizio. Il diritto allora si presenta come un insieme di attività, ognuna delle quali si muove entro determinate sfere per raggiungere i propri fini.

In questo momento si presenta un grande problema da risolvere, quello cioè di conciliare le disposizioni generiche della norma con gl'interessi dei singoli. Come

può avvenire che esigenze disparate possano muoversi e trovarsi soddisfatte entro una forma unica ed astratta? Se ben si pensa, l'attività giuridica di ciascun individuo costituisce come una serie di sintesi, alle quali concorrono due tendenze diverse e anche opposte; la *tendenza all' osservanza uniforme*, la *tendenza all' autonomia dell' azione*. La prima è determinata da tutte quelle cause che contribuiscono a rendere il diritto obbligatorio e per cui gl'individui sono indotti ad aggiustare le proprie esigenze in guisa, da trovare il massimo soddisfacimento entro i confini della norma. La seconda è determinata dalle peculiarità di ciascuno individuo e quindi dall' attività autonoma, che ciascuno dispiega per volgere la norma al raggiungimento dei propri fini. L'attività giuridica quindi non è un adattamento passivo, ma un adattamento più o meno attivo, per cui le singole volontà, pur armonizzando per alcuni lati con la norma, ne divergono poi per alcuni altri. Da queste divergenze possono provenire quelle modificazioni, che poi tendono a fissarsi nel diritto obbiettivo, come vedemmo nel parlare delle fonti.

§ 168. — L'elemento subbiettivo si accentua ancora di più nel terzo momento, quello della pretesa.

La pretesa è determinata dall'incontro di due o più attività, che si muovono per l'esercizio del loro diritto. In questo incontro apparisce in tutta la sua evidenza la necessità del rispetto reciproco e culmina quindi il diritto subbiettivo, poichè ogni individualità non può mai sentire così pieno il suo essere se non quando si incontra con individualità consimili. Perciò il diritto subbiettivo si rivela nei suoi caratteri più spiccati nel momento della pretesa, che è come la sintesi dei momenti precedenti e quello, per cui il diritto a preferenza si distingue dalle altre forme di attività. La pretesa è infatti l'aspetto subbiettivo della garanzia concessa dalla norma e perciò costituisce la caratteristica del potere

giuridico di fronte ai poteri di altra natura. Essa suppone appunto la possibilità del ricorso agli organi del potere, allorchè non venga soddisfatta; e in tal senso può riguardarsi come il primo passo del cammino, per cui il potere subbiettivo fa ritorno al diritto subbiettivo, dal quale era scaturito.

Così il diritto subbiettivo si evolve a traverso un ciclo, che, movendo dal diritto obbiettivo, ad esso poi fa ritorno: la sua vita si sviluppa ed è racchiusa fra i due punti di congiunzione con questo, che sono: il punto in cui nasce da esso e il punto in cui ad esso ritorna per cercarvi la necessaria tutela. E non è senza significato il fatto che, proprio nel momento in cui più si delinea ed accentua, il diritto subbiettivo apparisce collegato col comando, da cui scaturisce. Ciò mette ancor più in evidenza l' intimo legame, che congiunge i due aspetti del diritto.

§ 169. — I tre momenti si presuppongono e s'integrano siffattamente l'uno con l'altro, che possono anche confondersi in un momento unico. Anche quando appariscono separati, la loro separazione è precaria e relativa. La mera facoltà sarebbe vuota astrazione senza l'atto, la vita del potere giuridico dipende sempre dall'uso, che ne fanno gli uomini; ma l'uso del potere non sarebbe possibile senza la pretesa, poichè potere e pretesa sono due aspetti di un medesimo fatto. D' altra parte poi, la pretesa suppone un' attività e l' attività, alla sua volta, suppone un potere di agire, cioè un volere autorizzato ad estrinsecarsi in un dato modo e in una sfera determinata. In tutti i sensi i tre stadi si presuppongono, perchè sono le tre manifestazioni di un fenomeno unico nella sua essenza.

Ma di questi tre momenti il più accentuato è quello della pretesa, poichè non solo costituisce la congiunzione col diritto obbiettivo, ma anche il momento dell'incontro delle attività operanti. È perciò che in questo momento

si delinea il rapporto fra le varie attività. Tale rapporto è bilaterale in conseguenza della bilateralità del comando, il quale, non potrebbe accordar poteri, senza creare, in pari tempo, obblighi corrispettivi. Se la connessione fra potere e dovere non sempre apparisce, ciò non significa che non esista sempre; essa è un fatto proprio della natura del diritto. Ma, come sappiamo, può assumere diversi aspetti, perchè il rapporto può intercedere fra diversi situazioni della stessa persona o fra persone diverse. Ogni potere suppone certi limiti, entro i quali deve muoversi, certe condizioni, cui è subordinata la connessione di esso. Occorre assoggettarsi a quei limiti e a quelle condizioni se si vuole essercitare il potere e pretendere che altri lo rispetti. In questo caso la connessione è interna, fra le varie situazioni della stessa volontà. Ma ciò che apparisce interno, è d'altro lato esterno, poichè la connessione si svolge sempre fra soggetti diversi. Le due situazioni del soggetto operante prospettano infatti, da una parte coloro, cui incombe l'obbligo di far rispettare il potere; dall'altra, coloro che devono rispettarlo. La connessione invece assume un aspetto più spiccatamente esterno, allorchè il potere si presenta, non più dal punto di vista delle condizioni che lo limitano o l'impongono, ma da quello degli obblighi di coloro che devono rispettarlo. Le diverse forme di bilateralità, di cui abbiamo precedentemente parlato, si presuppongono e si completano, quantunque la bilateralità intrapersonale tenda a prevalere nel diritto pubblico e quella intrapersonale nel diritto privato, poichè ogni rapporto giuridico suppone in pari tempo connessioni fra diverse situazioni della personalità e connessioni fra personalità diverse. E ciò perchè la connessione è sempre determinata dalla norma, che pone condizioni e limiti e da due o più soggetti operanti. Di modo che non può farsi una distinzione assai recisa fra le due forme di bilateralità,

ma si deve riconoscere che la differenza è determinata piuttosto da una certa prevalenza dell'elemento del dovere su quello del potere o viceversa; prevalenza relativa, che non implica mai l'esclusione assoluta dell'elemento contrario. Onde, le diverse forme di bilateralità, piuttosto che eliminarsi reciprocamente, s'intrecciano e presuppongono sempre connessioni fra soggetti operanti.

§ 170. Queste connessioni costituiscono appunto ciò che si chiama rapporto giuridico, il quale è perciò la connessione fra i poteri e i doveri di più soggetti operanti, quali vengono determinati o discendono dalla norma. Il soggetto cui è concesso il potere e quindi la facoltà di farlo valere è detto *soggetto attivo*: quello cui è imposto l'obbligo di rispettare il potere altrui, è detto *soggetto passivo* del rapporto.

Queste denominazioni non implicano l'esistenza di caratteri fissi e quindi una distinzione di qualità nella natura del soggetto; ma si riferiscono semplicemente ad una differenza di posizione, poichè secondo il modo come l'attività dei soggetti si esplica e il modo come i rapporti giuridici si determinano e s'intrecciano, il soggetto passivo può diventare attivo e viceversa. Non vi è un soggetto di diritto destinato a rimanere permanentemente in una data situazione. Questo potrebbe accadere (e solo fino a un certo punto) in un ordinamento giuridico, in cui i rapporti potessero cristallizzarsi in un dato modo, accordando tutti i poteri ad una persona e tutti i doveri ad un'altra persona. Ma allora veri rapporti giuridici non potrebbero esservi fra i primi e i secondi, poichè mancherebbe a questi ultimi la qualità di soggetto.

Tutti i soggetti di diritto possono adunque assumere una delle due posizioni, possono cioè affermare la pretesa o essere legati dall'obbligo di rispettare la pretesa altrui; o possono in pari tempo assumere entrambe le posizioni. Questo anzi è il caso più comune, poichè la

società è intreccio di rapporti e per conseguenza presuppone per ciascun individuo una quantità indefinita di situazioni: ogni individuo possiede sempre una somma di poteri giuridici ed è, in pari tempo, legato da una quantità di obblighi. Solo astrattamente possiamo parlare di un singolo rapporto giuridico o di una singola situazione.

CAPITOLO IV

Le categorie dei diritti subbiettivi.

Sommario. — 171. Correlatività fra diritti e doveri. — 172. Diritti pubblici subbiettivi. — 173. Altre distinzioni. — 174. Valore rispettivo dei diritti e pretesi conflitti fra di essi.

§ 171. — Nel rapporto giuridico potere e dovere sono perfettamente correlativi e interdipendenti, onde reciprocamente si presuppongono. Essi sono anche coevi nascono cioè nel medesimo tempo, onde non è possibile una priorità di tempo dell'uno sull'altro. La priorità di uno di essi farebbe cessare la correlatività e la mutua dipendenza, almeno per un certo tempo. Si presentano, è vero, alcuni casi, in cui sembrerebbe che una di quelle due situazioni nascesse prima dell'altra; ma se si guarda bene a fondo e si considera il solo punto di vista giuridico del rapporto, si scopre subito che la priorità è solo apparente.

L'istesso va ripetuto circa l'esistenza delle due situazioni in tutti i rapporti, che in certi casi parrebbero mancare, onde si è negata rispetto ad essi l'esistenza del diritto subbiettivo. Così, in certe affermazioni generiche del diritto, che risentono dei concetti del diritto naturale, come, per esempio, nel diritto di libertà, non

si vede chiaramente in chi risiede il potere e in chi il dovere. Ma in questi casi, l'impossibilità di fissare le situazioni dipende dalla formulazione generica del diritto. Io ho non un diritto generico di libertà, ma un insieme di diritti alla libertà, estrinsecazione della mia attività, quante sono le forme che essa assume e le condizioni e i modi, con i quali vengono garantiti dalla norma. Non è nelle affermazioni astratte, ma nei casi concreti, che i due lati del rapporto si rivelano chiaramente.

§ 172. — Un equivoco di questo genere è quello che alimenta le interminabili discussioni intorno all'esistenza dei diritti pubblici subbiettivi dei cittadini di fronte allo Stato. Si è pensato a un diritto subbiettivo generico, non al fatto specifico, allo specifico concentramento di poteri in casi e situazioni determinate, onde si è affermato che di fronte allo Stato i cittadini non hanno diritti, poichè lo Stato limita il suo potere in forza del suo stesso volere e può conseguentemente, togliere ad arbitrio i limiti, che esso pone.

Queste dottrine sono fondate su giuochi d'astrazione, che prescindono dalla realtà e quindi dalla natura concreta del diritto subbiettivo. Nella realtà il diritto subbiettivo nasce dalla norma, anzi dall'insieme delle norme onde risulta l'ordinamento giuridico ed è per opera di quest'ordinamento che acquista forza di potere giuridico. Ma quest'ordinamento non è creazione arbitraria, sibbene lenta formazione dovuta a cause storiche e a forze sociali, che non possono modificarsi a piacimento. Inoltre, quel che più importa in tal caso, la volontà statuale non è un'unica volontà astratta, esistente in e per sè stessa, ma un insieme di volontà, le quali acquistano rilevanza giuridica in quanto si muovono conformemente alle statuizioni della norma; di più, il progressivo svolgimento del diritto tende a rendere più numerose e più precise le condizioni che regolano e

infrenano il potere dello Stato, tanto che questo può trovarsi anche troppo circoscritto entro confini difficilmente sormontabili. Siccome poi la volontà dello Stato non è in fondo, che una volontà obbiettivata e deve essere rappresentata dai funzionari, i quali, devono mantenersi dentro la sfera della loro competenza, sudditi, nell'esplicare la loro attività rispettiva, non si trovano di fronte a una volontà astratta, ma di fronte alle volontà specifiche delle singole autorità, le quali, al pari dei singoli individui, sono soggette ad un medesimo ordinamento giuridico, da cui ricevono poteri e doveri corrispettivi.

Il diritto subbiettivo quindi, tanto se si considera di fronte allo Stato, quanto se si considera di fronte ai sudditi può essere pubblico e privato, secondo l'indole del diritto obbiettivo, onde scaturisce.

§ 173. — Altre distinzioni si sogliono fare nel dominio del diritto subbiettivo, le quali, in ultima analisi, mettono capo al modo come il potere inerisce al volere, cui viene concesso e al modo come si determina la bilateralità del rapporto.

Quando il potere viene siffattamente collegato con la natura stessa della volontà, da non potersene in alcun modo separare, si hanno i così detti diritti originari e intrasmissibili. Essi sono originari, non nel senso che sono innati, ma nel senso che la norma li considera come inerenti alla volontà, per cui si affermano con questa e non possono separarsene. Tali sono appunto i diritti della personalità. Essi, a causa di questa inerenza col volere, sono intrasmissibili, onde si distruggerebbero col passare da una volontà all'altra. Quando invece questa inerenza col volere non esiste, il potere può staccarsene, perchè la volontà può disporne e si hanno i diritti derivati e trasmissibili, in quanto possono passare da una volontà all'altra.

Se si guarda poi al modo come si determina la bila-

teralità del rapporto, il diritto si presenta come assoluto, quando il potere può affermarsi in genere di fronte a tutti e implica da parte di tutti un eguale rispetto; e relativo se, in una situazione specifica, si afferma solo di fronte ad alcuni. Da ciò si comprende che sono assoluti tutti quei diritti che implicano inerenza del potere al volere, mentre tendono ad assumere carattere relativo tutti quegli altri, nei quali il potere può distaccarsi dal volere. Ma il diritto relativo suppone sempre il diritto assoluto di disporre del proprio potere; onde il diritto assoluto è diretta concessione della norma, mentre quello relativo è la risultante delle disposizioni della norma e del concorso della volontà. Per questo ancora il diritto assoluto è semplice possibililà che si presenta nel momento della *facultas*; nel momento dell'atto e della pretesa dà poi origine a rapporti specifici, quindi a diritti relativi intercedenti fra persone determinate (1).

§ 174. — Si era ritenuto che i diritti subbiettivi avessero gli uni di fronte agli altri valore diverso, di modo che potessero sorgere conflitti fra di essi e la stessa differenza di valore dovesse fornire il criterio per risolverli. Così i giuristi ritenevano e molti ancora ritengono, che i diritti subbiettivi pubblici abbiano maggior valore di quelli privati, i quali perciò debbono subordinarsi ai primi.

Dal punto di vista formale è inconcepibile questa gerarchia, come è inconcepibile un conflitto di diritti. I diritti subbiettivi hanno il valore che viene accordato loro dalla norma entro i confini ad essi assegnati. E perciò non possono avere valore diverso, nè possono darsi conflitti fra diritti. In un ordinamento giuridico possono solo aversi antinomie o diritti mal definiti, in

(1) È appena necessario notare che l'aggettivo *assoluto* è qui preso in senso empirico.

conseguenza di leggi imperfette; ma non possono darsi veri conflitti, perchè ogni diritto è determinato da una norma e nessun seggetto può pretendere un diritto diverso da quello che gli viene accordato. Quelli che impropriamente si chiamano conflitti, non sono che le limitazioni poste dalle norme alle attività e agl'interessi e quindi le interpretazioni diverse, che tali limiti provocano da parte degl'interessati. Ma non appena i diritti di ciascuno vengono nettamente definiti dalle autorità competenti, il conflitto cessa, il che significa che esso non era nella natura propria del diritto, sì bene nel modo come veniva inteso.

Una delle cause che più contribuì a far sorgere questo concetto dei conflitti, fu certamente la solita confusione fra il lato formale e il contenuto materiale del diritto. Se si guarda infatti al contenuto, si scorge tosto una gradazione d'interessi di varia natura e di vario valore, che possono essere, e sono anzi spesso in conflitto fra di loro. La norma sorge appunto con lo scopo di regolarli e perciò ogni interesse dovrebbe trovare il suo assetto definitivo nell'ordinamento giuridico. Ma, siccome non ve lo trova sempre o non ve lo trova in maniera adeguata, così i conflitti persistono e ogni interesse cerca di appoggiarsi al diritto per farsi valere, conformemente alla sua propria entità. Onde i conflitti fra interessi assumono la parvenza di conflitti fra diritti.

Accanto a questa causa precipua hanno operato altre cause. Il diritto non ha acquistato i suoi caratteri formali tutto ad un tratto, nè contemporaneamente in tutte le sue parti. Esso li ha acquistati a poco a poco e procedendo dal diritto privato al pubblico; onde mentre il diritto privato si fissava per tempo entro confini certi, quello pubblico rimaneva per molta parte indeterminato e all'arbitrio dei governanti. In tali condizioni il diritto pubblico doveva apparire come più emi-

nente, perchè più libero di restrizioni e quasi privilegiato e quindi poteva entrare in conflitto col diritto privato, di fronte al quale peraltro si affermava superiore. Ma, se ben si pensa, il conflitto non si delineava fra due diritti, ma fra un diritto vero e proprio (il diritto privato) e ciò, che ancora non era tale (il pubblico). Col formarsi dello Stato giuridico e dei concetti nuovi intorno all'ordinamento statuale, le idee di gerarchia e di conflitto avrebbero dovuto sparire; ma rimasero in gran parte, sia per inerzia psichica, sia in conseguenza di certe caratteristiche proprie del diritto pubblico, quale è il potere discrezionale, che veniva preso come un diritto di ordine superiore, mentre, formalmente, deve anch'esso muoversi entro i confini formali del diritto.

Finalmente, alla formazione di tali concetti hanno contribuito anche le dottrine del diritto naturale. Affermando esse un diritto perfetto, superiore al diritto positivo, alimentavano indubbiamente le idee di conflitto e di prevalenza di certi diritti su certi altri. Tanto più poi che certi diritti considerati come naturali ed inalienabili venivano consacrati nelle Carte costituzionali, che costituivano la base dei moderni ordinamenti politici. Appariva evidente che i diritti contenuti in quei documenti solenni, dovessero occupare una posizione gerarchica più elevata, come hanno una posizione più elevata le carte costituzionali di fronte alle altre leggi. E non si pensava che in uno Stato giuridico tutti i diritti, in quanto diritti, sono egualmente rispettabili e che le maggiori o minori difficoltà di ordine formale o di fatto, che si oppongono ai cambiamenti nella norma, che li concede, non possono influire sul grado di rispettabilità del diritto, finchè rimane diritto.

Da qualunque lato adunque il fatto si considera, una gerarchia di diritti è un possibile conflitto fra di essi, se possono concepirsi dal punto di vista etico, o politico,

o da quello degl'interessi, che sono chiamati a garantire, quando sono inconcepibili da un punto di vista strettamente giuridico. Ma siccome sono parecchie le cause che hanno contribuito a determinare queste concezioni e siccome parecchie di esse continuano ancora ad operare sulla coscienza dei giuristi; così dobbiamo ritenere che questi concetti non saranno facilmente abbondonati.

CAPITOLO V

Il soggetto del diritto.

§ 175. — Il rapporto giuridico si svolge almeno fra due soggetti, che costituiscono perciò i due termini del rapporto: essi sono, come sappiamo, il soggetto attivo, che è la volontà cui viene concesso il potere e quello passivo, che è la volontà, cui viene imposto il dovere di rispettarlo.

Occorre domandarsi che cosa sia il soggetto. Qui molti equivoci sono sorti a causa del termine tecnico *persona* col quale suole designarsi, perchè quel termine si adopera anche ad indicare l'individuo umano. Onde l'idea che l'individuo umano, sia, per natura, soggetto del diritto e che non possa esservi altro soggetto se non il singolo individuo. Noi diciamo invece che soggetto è il volere cui la norma concede il potere giuridico. Ogni volere, appunto perchè volere, ha un potere proprio, quello di determinarsi, di agire in un dato modo; ma questo potere è un potere di fatto e

non acquista valore giuridico, se la norma non interviene ad accordargli quella garanzia, che trasforma il potere di fatto in potere giuridico. In tal senso si può dire che la norma crea a favore del volere un potere nuovo e che perciò il *soggetto del diritto* è una creazione della norma. Senza la norma non vi può essere soggetto di diritto e perciò un soggetto giuridico non creato dalla norma è un assurdo nel campo del diritto e implica una confusione fra esigenze etiche o di fatto con le esigenze giuridiche. Senonchè dicendo che la norma crea il soggetto del diritto, non vogliamo intendere che lo crei di sana pianta, ma soltanto che lo crea giuridicamente, che comunica un determinato potere formale a un volere di fatto. Questo e null'altro.

§ 176. — Il volere, cui viene concessa la qualità di soggetto, è sempre il volere umano, cioè un volere coscente del suo essere e degli scopi, cui tende. Soggetto del diritto è quindi, innanzi tutto, l'uomo, la cui individualità si sintetizza e si esprime per mezzo del suo volere, perchè soggetto del diritto è sempre il volere concreto, non un'astratta volontà. Possiamo anche dire che soggetto è l'uomo, in quanto dotato di volontà cosciente.

Si potrebbe opporre che l'infante e il mentecatto, non hanno volere e pure sono considerati quali soggetti di diritto. L'obbiezione non regge, perchè in ambo i casi, il volere esiste, solo che nel primo caso non è ancor maturo e nel secondo non ha piena coscienza di sè, ma ciò non toglie che possa un giorno acquistare tale coscienza. A prescindere poi che una profonda esigenza etica, indipendentemente da ogni altra considerazione, induce a riconoscere la qualità di soggetti a questa seconda categoria di persone. Ma in entrambi i casi viene riconosciuta solo una capacità generica a fungere da soggetto e non quella specifica per l'esercizio dei diritti.

Oltre che gl'individui singoli, possono ricevere la qualità di soggetto gli enti collettivi, in quanto rappresentano un volere obbiettivato, fissatosi definitivamente in un dato modo. Ma questo volere obbiettivo è pur sempre un volere umano, che vuol vivere, non quale un semplice atto di volere ma quale una piena volontà, nei moventi e negli scopi, che lo hanno indotto ad obbiettivarsi in quel dato modo.

Possiamo quindi conchiudere che soggetto del diritto è sempre il volere umano, per cui dalla categoria dei soggetti vengono escluse le cose. Certo la norma può concedere la qualità di soggetto anche alla cosa (es. l'eredità giacente), ma allora si tratta di un soggetto apparente, di un artifizio cui la norma ricorre per dar volere a una volontà ignota o per sostituire un volere mancante. Vengono anche esclusi gli animali, cui manca un volere pienamente cosciente. Se in certi casi la norma accorda agli animali una qualche protezione, non conferisce ad essi alcun potere giuridico; tale potere viene accordato solo alle autorità che devono far rispettare la norma. Che se in altre epoche storiche si trovano esempi di animali trattati come soggetti di diritto (citati a comparire in procedimenti penali o civili ecc.) ciò fu effetto di strane aberrazioni della coscienza giuridica.

§ 177. — Ma, se tutte le volontà umane e quindi tutti gli uomini hanno la capacità di essere riconosciuti come soggetti, non a tutti gli uomini tale qualità è stata sempre effettivamente riconosciuta.

Il principio dell'eguaglianza della personalità è conquista recentissima. Per un lungo periodo storico solo alcuni individui privilegiati ebbero piena personalità giuridica, tutti gli altri, o non avevano alcuna personalità, o ne avevano una limitata o imperfetta; di modo che la personalità giuridica completa appariva piuttosto quale una eccezione. E questo dimostra chiaramente

come la qualità di soggetto sia una creazione della norma.

S'intende peraltro che questa creazione non è campata in aria e riflette sempre determinate condizioni di fatto. In quelle epoche storiche il potere di fatto si concentrava in alcune poche volontà, onde si era determinata la credenza che solo a quelle spettasse il diritto di esercitarlo. La famosa dottrina di Aristotele intorno alla legittimità della schiavitù, è appunto fondata su di una credenza di questo genere e poteva certamente trovare larga eco nelle coscienze, in cui prevalevano convincimenti di questo genere. Differenze profonde esistevano fra gli elementi dell'aggregato e quelle differenze venivano considerate quali necessità naturali e imprescindibili. E fino a un certo punto erano tali in effetto. I sentimenti della personalità nei più non erano ancora pienamente sviluppati e le diversità delle condizioni si riflettevano in modo troppo vivo sul fisico e sul morale degl'individui umani, determinando divergenze profonde nelle attività psichiche.

Con lo sviluppo dell'incivilimento, una quantità di queste differenze a poco a poco spariscono, gl'individui si parificano nelle loro qualità fondamentali, onde la comune natura umana acquista gradatamente rilievo. E in armonia con questa parificazione di fatto, procede l'estensione della qualità di soggetto del diritto, per cui sparisce la schiavitù, poi anche la servitù della gleba, spariscono le differenze formali di classe, la donna non viene più considerata quale un essere inferiore e si vede anche nello straniero l'esistenza di quelle caratteristiche per cui l'uomo è capace di ricevere un potere giuridico. Si arriva così a concepire il principio della eguaglianza giuridica degli uomini. Anche l'estendersi della qualità di soggetto è quindi conseguenza di un mutamento che a poco a poco si produce nelle condizioni di fatto, nei rapporti della vita sociale, come nella

coscienza degl'individui, per cui, mentre si rende più chiara la percezione delle somiglianze fondamentali, si prova sempre più vivo il bisogno di affermare la propria personalità e di reclamarne il rispetto. E allora, alle credenze di un tempo, che avevano informato i vecchi criterî di giustizia e di diritto, si costituiscono le nuove credenze, in armonia col nuovo ordine di cose. La norma riflette mano mano queste trasformazioni, concedendo gradatamente a tutti gli esseri umani la qualità di soggetto giuridico. Essa cioè crea un potere formale a favore di coloro, per i quali si è creato un potere di fatto o un valore etico, ed accelera anche od accentua il movimento parificatore con la sua azione coattiva.

§ 178. — Dopo ciò possiamo dire che, nei paesi civili, la qualità di soggetto del diritto è riconosciuta a tutti gli uomini, in quanto esistono norme che a tutti la conferiscono. Onde, volendo affermare in modo strettamente giuridico il principio che tutti gli uomini sono soggetti, dovremmo dire: nei paesi civili le norme, implicitamente o esplicitamente, riconoscono a tutti gli uomini la qualità di soggetto. Se infatti usciamo dai paesi civili, vediamo tosto che il principio non regge più. Ci possiamo trovare di fronte ad aspirazioni, ad esigenze etiche, ma non al generale riconoscimento di quella qualità.

Ma il conferimento di quella qualità implica solo la connessione di una capacità generica, non quella di una capacità specifica per l'esercizio di diritti determinati. A tal riguardo bisogna intendersi sul significato delle così dette *dichiarazioni* dei diritti o di quelle solenni proclamazioni di principî inserite nelle Carte costituzionali dei moderni paesi civili. In esse il principio che tutti gli uomini debbano aver valore di soggetto di diritto viene esplicitamente o implicitamente proclamato; ma, come già sappiamo, la efficienza regolatrice di queste norme così generiche è minima, poichè esse hanno

bisogno di un numero grande di altre norme per essere tradotte in atto. Se perciò, alla generica concessione della qualità di soggetto non segue il conferimento di poteri specifici, quella qualità rimane una pura astrazione, senza efficacia pratica. Bisogna peraltro riconoscere che quelle dichiarazioni e quindi quei conferimenti generici, oltre che a servire di guida al legislatore e all'interprete, contengono ancora qualcosa di più che una semplice concessione della qualità generica di soggetto, contengono cioè la concessione specifica dei diritti della personalità. Il che significa che tutti gli uomini, non solo hanno il potere generico di affermare la loro qualità di soggetto, ma anche il potere specifico di affermare il loro diritto alla conservazione, al libero sviluppo del proprio essere, all'onore, ecc. Tali concessioni non possono certamente aver valore se non nell'interno di ciascuno Stato, ma siccome sono quasi eguali in tutti gli Stati civili, così può affermarsi che i diritti della personalità siano in essi garantiti o tendano ad essere garantiti a tutti gli uomini.

E qui occorre tener conto della distinzione che i giuristi fanno tra ciò che con espressioni improprie chiamano: il *godimento* e l'*esercizio* del diritto. Con termini nostri possiamo dire che il godimento è la concessione generica del potere giuridico, l'esercizio è la concessione specifica o l'effetto di essa; il primo è in certo modo, l'affermazione del principio; il secondo, la sua attuazione pratica. Onde, il primo apparisce come la capacità fondamentale, come la condizione prima per potere affermare un dato diritto; l'altro, come l'insieme delle qualifiche, delle condizioni successive, che si aggiungono a quella fondamentale a fine di permettere al soggetto di prendere effettivamente parte alla vita del diritto. Il diritto è sempre insieme di condizioni che tanto più si specificano e si complicano, quanto più si concretano e quindi quanto più il diritto diventa attivo

e vivente e vuol tradursi in atto nei rapporti complicati della vita. Onde il soggetto, in tutta la pienezza concreta del suo potere giuridico, non è mai risultante di una condizione sola e di una sola concessione della norma. Quando, per esempio, io ho il godimento del diritto elettorale, si può dire che non abbia ancor quasi nulla per prendere effettivamente parte alla votazione. Occorre che il mio potere giuridico venga integrato e specificato da tutte le norme, che in un dato paese, mi mettono nella situazione di fare effettivamente uso di quel potere.

Conchiudendo diciamo che nella generica affermazione: *tutti gli uomini sono persone*, bisogna includere questi tre significati diversi: 1.° il riconoscimento di una esigenza etica, che induce a conferire agli uomini, solo perchè tali, la qualità di soggetto di diritto; 2.° la tendenza al conferimento effettivo di tale qualità, il quale è già avvenuto negli Stati civili, per ciò che si riferisce ai diritti fondamentali della personalità rispetto in genere a tutti gli uomini; 3.° la parificazione o la tendenza alla parificazione nella capacità per il godimento dei diritti civili, nell'interno di ciascuno Stato. Tale e non altro dal punto di vista giuridico, è il principio dell'eguaglianza rispetto ai soggetti.

Ma, accanto a questa parificazione formale occorre sempre una parificazione di fatto, perchè il potere giuridico si trasformi in un potere effettivo. Per far valere il proprio potere giuridico non basta esser uomo o cittadino, occorre un certo sviluppo dei sentimenti della personalità, la comprensione dei propri diritti e dei propri interessi, la cognizione dei mezzi più atti a difenderli, la buona volontà di farli valere, la possibilità di usarli, un certo grado di considerazione sociale e di tolleranza, che agevoli il rispetto del potere concesso dalla norma, poichè la società, con i suoi usi e con i suoi pregiudizî può render nulle le concessioni formali, come avviene, ad

esempio, negli Stati Uniti americani, rispetto agli uomini delle razze di colore. Onde ci si presenta il medesimo problema, che osservammo nel parlare dell'uguaglianza dal punto di vista obbiettivo.

Dicemmo allora che l'eguaglianza giuridica non è eguaglianza di fatto, ma in pari tempo rimane vuota astrazione, se non trova nel fatto le condizioni per farsi valere. E così dobbiamo ora dire che il potere giuridico non è potere di fatto, ma d'altra parte, senza il potere di fatto non riesce a farsi valere nella realtà della vita. Una certa corrispondenza deve pur sempre esistere fra il potere formale e quello di fatto, poichè quando essa viene del tutto meno, può verificarsi una di queste tre conseguenze; o il potere formale resterà senza efficienza nell'ordinamento giuridico, quale un elemento morto; o riuscirà di danno a colui stesso, cui viene concesso; o riuscirà di danno alla società, in seno della quale verrà esercitato. E in tutti i casi l'eguaglianza nei poteri formali non avrá condotto ad una eguaglianza nei poteri effettivi.

CAPITOLO VI

Le persone incorporali.

Sommario. — 179. Teorie sulla natura di questi soggetti. — 180. Teoria che sosteniamo. — 181. Carattere specifico di tali soggetti. — 182. Il conferimento della personalità.

§ 179. — Come notammo, oltre alle persone fisiche, possono essere considerate e sono infatti trattate come soggetti, certe forme specifiche di obbiettivazione dei voleri umani. Cioè il potere giuridico, oltre che al vo-

lere d'individui viventi e che perciò ha una esistenza limitata, può essere concesso a volontà, che si obbiettivano, congiungendosi a scopi duraturi e acquistando perciò esistenza illimitata. Allora hanno origine quei soggetti di diritto che furono chiamati persone giuridiche, persone corporative, enti morali, ecc.

Che cosa è questa nuova categoria di soggetti? Dobbiamo cominciare con riconoscere che, dal punto di vista formale una differenza recisa non esiste fra questi e i precedenti. Anche qui si tratta della creazione della norma e della concessione di un potere. Creazione della norma, perchè alle condizioni di fatto si aggiunge qualcosa di nuovo; concessione di un potere, perchè questo qualcosa di nuovo è appunto il potere. Solo che in questo caso il potere non è concesso a volontà singole, ma ad accordi di volontà obbiettivati, nei casi in cui i singoli individui non possono raggiungere certi fini, di farsi valere nell'ordinamento giuridico.

Si è detto da alcuni che questi soggetti sono mere finzioni o mezzi tecnici creati dal diritto a fine di dare a certi scopi il modo di farsi valere giuridicamente; da altri si è invece affermato che sono piuttosto astrazioni, in quanto il diritto di questi enti è sempre astratto da certi rapporti che pure esistono nella realtà; altri finalmente sostengono, che questi enti sono vere realtà di fatto, che la norma si limita a riconoscere. Accanto a queste, tante altre dottrine sono state estese, più o meno ingegnose e anche strambe, delle quali qui non possiamo tener conto.

Noi diciamo che le persone incorporali non sono nessuna di quelle tre cose. Esse non sono mere finzioni, poichè il volere, qui il potere, viene concesso, anche in questo caso, esiste effettivamente e prende consistenza in un dato modo, obbiettivandosi in una data forma. Se il volere deve riguardarsi come una finzione, in questo caso, non si capisce come non debba esser tale, anche

in tanti altri, allorchè è incapace di muoversi, senza soggetti rappresentanti. Quando si parla di esistenza nel dominio del diritto, deve intendersi sempre una esistenza formale, poichè ciò che conferisce al volere rilevanza giuridica, non è la sua esistenza di fatto in un dato modo, ma quella che la norma determina. Così il volere del pupillo acquista importanza giuridica, non in quanto esiste di fatto e nel modo come nel fatto esiste, ma in quanto gli viene formalmente concesso un potere; mentre il volere dello schiavo non ha valore giuridico, quantunque esista di fatto. Ad ogni modo un potere che si fa valere nell'ordinamento giuridico e produce effetti giuridici, non può essere una semplice finzione.

Ma tali soggetti non sono neppure astrazioni in un senso diverso da quello, con cui possono considerarsi gli altri soggetti e, in genere, gli altri fenomeni giuridici. Senza dubbio, tutti i fatti giuridici presi isolatamente, sono astrazioni, come sono astrazioni tutte le categorie di elementi sociali staccate le une dalle altre. Nella realtà vi è un uomo concreto con i suoi rapporti; non vi sono rapporti giuridici, economici, morali, ecc. in ispecie. Onde, quando affermiamo che l'uomo in genere è soggetto di diritto, affermiamo un'astrazione e non possiamo quindi contrapporla come una realtà a quegli altri soggetti costituiti da forme obbiettivate di volere. Si oppone che l'uomo è una persona fisica, mentre la corporazione, la fondazione, sono astrazioni, ma non si pensa, che vi è un equivoco creato dalla parola persona. L'ente morale certo non è una persona fisica, ma qui non si tratta di persona fisica e non fisica, si tratta di soggetto del diritto, cioè di un potere giuridico accordato a una volontà. E questo può essere una vivente volontà, come anche una volontà definitivamente obbiettivatasi in un dato modo. Tanto l'una che l'altra acquistano la qualità di soggetto, in quanto

acquistano un potere e la possibilità di muoversi nell'ordinamento giuridico.

Dobbiamo allora dire che questi enti incorporali siano viventi realtà? Coloro che lo affermano dicono che nella realtà non vi sono individui singoli, ma individui collegati; congiunti per il raggiungimento di scopi comuni. E alcuni di questi scopi, rispondendo ad esigenze permanenti, richiedono il concorso di un numero indeterminato di generazioni e forme di aggruppamento di durata indefinita. L'individuo isolato, col suo volere subbiettivo, disgiunto da tutti gli altri voleri, è piuttosto una astrazione, la realtà vera è costituita dalle diverse forme di aggruppamenti di volontà, che tendono a diventare sempre più numerose con lo sviluppo dell'incivilimento. Esse costituiscono vere individualità, immensamente più ricche di attività più durature, meglio dotate che con l'individuo singolo e perciò più di questo degne di considerazione.

Tutto ciò può esser vero (e non è qui il caso di ricercare fino a che punto), ma non ha nulla a che vedere con la questione, poichè si riferisce al contenuto materiale del soggetto, non al suo lato formale. Formalmente è sempre la concessione del potere giuridico che dà la realtà giuridica del soggetto. Non possiamo cercare altra realtà, poichè non potremmo rinvenirne una di carattere differente. Certo se non vi è una volontà, che mette in moto quel potere, esso rimarrà campato in aria; ma la realtà giuridica, deriva sempre dal modo come il potere viene concesso e regolato dalla norma. È dunque di una realtà giuridica che qui si tratta e non di una realtà di fatto; e quale realtà giuridica esiste, tanto il potere concesso a una persona fisica, quanto a una persona incorporale. Le differenze di fatto nei due casi dovranno, senza dubbio, riflettersi nell'ordinamento formale, poichè la forma è sempre forma di un determinato contenuto, ma le differenze non devono far perdere di vista i lati

comuni. Giuridicamente i due ordini di soggetti sono entrambi realtà e non si può dire che l'uno sia più o meno reale dell'altro. Nè vale dire che la norma, nel caso della persona incorporale, dovrebbe fingere un volere che nella realtà non esiste, poichè essa concede il potere, non ad un volere astratto, ma a speciali situazioni e determinazioni del volere.

§ 180. — La questione intorno al carattere della persona incorporale è stata in genere mal posta per la solita confusione fra la forma e il contenuto e anche per gli equivoci creati dalla espressione di *persona giuridica* applicata a questa categoria di soggetti. Formalmente non si può contrapporre una persona giuridica a una persona fisica. La persona giuridica non vuol significare altro che il soggetto di diritto, onde anche la persona fisica è persona giuridica, allorchè acquista una tale qualità. Tanto le persone fisiche quanto le persone incorporali sono dunque soggetti di diritto e lo sono in pari modo e a pari titolo; per cui, formalmente parlando, non sono, nè finzioni, nè astrazioni destituite di ogni realtà e neppure realtà di fatto, ma sono realtà giuridiche; e in quanto realtà giuridiche appunto si fanno valere nell'ordinamento formale.

Ma le due categorie di soggetti si distinguono l'una dall'altra, perchè nella prima il volere è vivente e rimane subbiettivo; nella seconda invece si obbiettiva in un dato modo. E quando si dice che il volere si obbiettiva, non si deve intendere la volontà in genere, ma alcuni determinati atti di volere, i quali si staccano dalla coscienza per assumere una data forma. In essi persiste l'intenzione, che li ha determinati, persistono i fini verso i quali sono diretti, persiste quindi una forma di volere e su questa può inserirsi un potere giuridico. Del resto, anche nel soggetto fisico il potere non si estrinseca se non per mezzo di atti di volere e questi, non la volontà astratta, formano la vita del soggetto.

Ora nulla impedisce che questi atti si fissino in un dato modo e producano i loro effetti duraturi per mezzo di organi, cioè di voleri viventi, che rappresentino le intenzioni, onde furono determinati e gli scopi, cui sono diretti. È così che si producono quelle formazioni stabili del volere, che possono vivere per un tempo indeterminato nel mondo giuridico, quantunque mutino i voleri subbiettivi, che le rappresentano. Tutto ciò peraltro non potrebbe prodursi, se non per opera della norma, che dà vita a queste formazioni e fornisce loro il mezzo per muoversi nell'ordinamento giuridico. Dà loro vita, accordando la capacità giuridica; dà i mezzi per farsi valere, autorizzando o costituendo una rappresentanza. Si ha così la possibilità di esistenza delle persone incorporali, in cui il soggetto è propriamente costituito dal volere obbiettivato, ma siccome esso non può muoversi, se non per mezzo dei voleri rappresentanti, così questi appariscono quali i soggetti di fatto, ma solo in quanto si muovono entro le intenzioni e gli scopi di quel volere.

§ 181. — Da ciò scaturiscono le differenze con la persona fisica. Mentre questa ha un volere che si muove per forza propria e può senz'altro usare del potere, che la norma le accorda; la persona incorporale non ha un volere vivente e deve muoversi per mezzo di altri voleri, che usino del potere ad essa concesso e in conformità dei fini, per cui si è costituita. Essa ha infatti fini fissi, definitivamente stabiliti in un dato modo, mentre un volere vivente può spostare di continuo i proprî fini. L'obbiettivazione si è appunto prodotta per il conseguimento di un fine duraturo, onde uno spostamento di esso non può prodursi se non per mezzo della norma.

Ne deriva che le persone incorporali sono formazioni strettamente *regolate*, sia nel loro interno, sia nel loro lato esteriore, sono cioè un prodotto della regola in

tutte le parti del loro organismo e della loro attività, poichè solo per opera della regola, un volere obbiettivato può vivere indefinitivamente. Sono regolate internamente, perchè infatti il volere non potrebbe obbiettivarsi se non per mezzo della regola; e in tal caso la regola è posta dal volere stesso, il quale determina le intenzioni, stabilisce i fini, ecc. Ma sono anche regolate esternamente dalla norma, che concede il potere giuridico. Certo, ogni concessione di potere giuridico è, per sua natura, concessione regolata. Ma in questo caso la concessione è regolata in maniera più rigorosa, sia perchè si tratta di volere obbiettivato, che non potrebbe muoversi senza l'intervento della norma; sia perchè si tratta in genere di formazioni permanenti, la cui esistenza si ripercuote sopra un numero indeterminato d'individui e d'interessi e richiede perciò la sorveglianza della collettività e quindi dello Stato. Inoltre può accadere che, col mutare delle condizioni sociali, i loro fini vengano a trovarsi in contrasto con le esigenze nuove e con i criteri che informano l'ordinamento giuridico e costituiscano inciampi per gli ulteriori progressi. In questi casi la sorveglianza può trasformarsi in un vero intervento della norma, che imprima a quelle persone un nuovo ordinamento o tolga ad esse ogni potere giuridico.

Onde questi soggetti rimangono sotto l'azione diretta e specifica della norma, che ne determina la nascita, le trasformazioni e la morte. E così mentre ai soggetti fisici il potere giuridico viene accordato come in blocco, in modo generico; per questi viene ordinariamente accordato da concessioni specifiche accompagnate da cautele, da prescrizioni, che le regolano in tutte le loro parti. Ciò non significa che la norma non potrebbe operare anche in questo caso per mezzo di concessioni generiche, ma in tal modo vengono meno le garanzie, che devono accompagnare la concessione del potere,

acciò non sia adoperato a fini dannosi per la collettività.

§ 182. — Onde a proposito di questi soggetti si presenta in forma più complessa la questione se il conferimento della personalità debba riguardarsi quale una creazione o quale un semplice riconoscimento; e se quindi l'atto col quale la personalità si conferisce abbia un valore costitutivo o semplicemente, dichiarativo.

Dal punto di vista dell'elemento materiale non si può negare che vi siano in questi soggetti condizioni e fatti effettivamente esistenti, poichè la norma non potrebbe creare dal nulla. Essa, come sappiamo, astrae certi elementi della realtà per regolarli in un dato modo; ma per fare ciò occorre che vi sia innanzi tutto una realtà. E in questo caso gli elementi su cui la norma costruisce sono certe esigenze, certi scopi, certe obbiettivazioni del volere, da quelli provocate o con quelli in rapporto. Ma dal punto di vista formale la norma anche qui è creatrice, poichè conferisce a quei fatti un valore nuovo, un potere, che per loro stessi non possedevano, nè potevano possedere; quello cioè di farsi valere come soggetti nell'ordinamento giuridico. La veste giuridica viene quindi creata dalla norma; ma non viene poi creata dal singolo atto di concessione, quando una norma generica esiste, che tale concessione regoli o imponga, tutte le volte che si verificano le condizioni di fatto da essa richieste. La concessione fatta da singoli organi statuali, in base alle disposizioni della norma, non è più creazione, ma è semplice constatazione e per conseguenza ha carattere semplicemente dichiarativo.

Questa è appunto l'ipotesi dalla quale si dovrebbe partire per ammettere che, nel dominio del diritto internazionale, il riconoscimento di un nuovo Stato implichi una semplice constatazione e non una costituzione della sua personalità. Bisognerebbe cioè ammettere l'esistenza di una norma di diritto internazionale,

che obblighi a riconoscere il nuovo Stato, allorchè esistono in esso certe condizioni di fatto facilmente o approssimativamente constatabili (1). Nel diritto positivo interno degli Stati moderni non pare che tale norma esista, generalmente quantunque non ripugni al diritto l'esistenza di essa.

Perciò hanno torto e ragione, tanto coloro che vedono nei soggetti incorporali delle vere creazioni del diritto, quanto coloro che vi vedono delle vere realtà. Esse sono in pari tempo l'una cosa e l'altra, tutto dipende dal punto di vista dal quale si considerano.

CAPITOLO VII

Tipi di soggetti incorporali.

§ 183. — I giuristi sogliono ridurre a quattro i tipi di soggetti incorporali (quantunque rigorosamente parlando, non siano che tre e anche due soltanto), e cioè: lo Stato, la Corporazione, la Fondazione e l'Associazione. Questi tipi dal punto di vista formale differiscono fra di loro per la forma di obbiettivazione del volere e per i caratteri formali, che vi assume il potere giuridico. E quanto al contenuto, differiscono per la natura degli interessi, che provocano l'obbiettivazione e per il modo come tali interessi si combinano nel loro interno e rispetto alle altre categorie d'interessi sociali.

---

(1) In un articolo sul *problema del riconoscimento nel diritto internazionale*, pubblicato nella rivista di diritto internazionale, ho approfondita la questione. È stato pubblicato nel fasc. 2, 1927.

Per la forma caratteristica con cui il volere si obbiettiva, poniamo innanzi tutto la fondazione. In essa abbiamo, in certo modo, una doppia obbiettivazione, perchè la volontà si obbiettiva, destinando un bene o un complesso di beni al conseguimento di uno scopo duraturo. Essa immobilizza il rapporto fra quei beni e lo scopo, a cui son destinati, per conferire a quel rapporto una vita permanente. Il potere giuridico viene quindi concesso al volere obbiettivato in quel dato modo, acciò si mantenga in vita quel dato rapporto. E così il volere continua a vivere in forza del potere giuridico, che gli è conferito e costituisce il vero soggetto della fondazione; quantunque poi s'incorpori col volere degli organi rappresentanti per guisa che questi ne appariscano quali soggetti attivi. Le teorie, che vogliono trovare il soggetto nella personificazione dello scopo, nei destinatarî, nella società in genere, perdono di vista il fatto fondamentale, che cioè la fondazione sorge in forza di un volere, cui la norma e quindi il riconoscimento formale conferiscono vita duratura. Ma d'altra parte quel volere può continuare a produrre quegli effetti, perchè persistono quegli scopi e perchè non si esauriscono quei beni, che sono destinati al loro conseguimento. Finchè gli uni e gli altri esistono, il volere ha una base di fatto, che è indipendente dal riconoscimento formale.

§ 184. — Nella corporazione il volere si obbiettiva per mezzo della connessione dei voleri, che la fanno sorgere, cioè per mezzo di un accordo di voleri, che staccandosi, come tale, dai voleri singoli, genera una norma permanente per coloro, che lo costituiscono e per quelli, che ad essi succederanno. Il potere giuridico in tal caso non viene concesso al volere dei singoli e neppure alla semplice somma dei loro voleri, ma solo a quella fusione di volontà obbiettivatasi in un dato modo, ordinariamente per mezzo di una regola, di uno

statuto. Da ciò deriva che la corporazione può esistere indipendentemente dai suoi singoli componenti. Il soggetto quindi risiede non in questi, ma nel volere comune definitivamente obbiettivatosi, quantunque non possa farsi valere se non per mezzo dei componenti o di specifici organi rappresentanti, i quali ne appariscano, nel fatto, quali soggetti. Ma i loro atti non impegnano la corporazione se non in quanto si muovono entro l'àmbito di quel volere obbiettivato o per il raggiungimento dei fini, che esso si è proposto, obbiettivandosi.

Il fatto poi che i componenti della corporazione sono anche gli organi rappresentanti, ha potuto far ritenere che questa sia qualche cosa di più vivente e reale che non la fondazione. Ma ciò è effetto di una illusione, poichè in entrambi i casi il volere, al quale viene concesso il potere giuridico, è sempre un volere obbiettivato e gl'individui, che operano a muoverlo nell'ordinamento giuridico, sono sempre organi, istrumenti di esso. È per questo che il soggetto può staccarsi dai singoli voleri ed assicurarsi una esistenza duratura.

Il problema qui consiste piuttosto nel comprendere come possa prodursi e quale carattere abbia una tale obbiettivazione, poichè si può urtare contro due opposti scogli, quello di considerare il volere della corporazione quale un'ipostasi, cioè una creazione aerea, che viva nel vuoto delle astrazioni metafisiche; o pure, quello di considerarlo siccome una semplice somma di voleri. Occorre quindi domandarsi come possa, dalla fusione, prodursi questo volere nuovo, distinto dai voleri singoli.

Il fenomeno è assai comune. Quando più persone si riuniscono per prendere una comune deliberazione, esse, pur essendo mosse da scopi comuni, hanno ognuna, più o meno, un proprio modo di vedere e d'intenderli. Ma quando queste volontà si trovano di fronte, i criterii di ciascuna nel contatto con le altre, più o meno si modificano e viene fuori una decisione, che non cor-

risponde esattamente a quella che ognuno avrebbe preso per proprio conto. A questa decisione tutti hanno più o meno contribuito e tutti si sentono egualmente legate, ma nessuno può considerarla come sua opera esclusiva. Onde si può ben dire che è un nuovo atto di volere, che, propriamente, nè fonde le singole volontà, nè le confonde, ma le lega, le obbliga a sottostare a questo comune prodotto. Ogni singolo volere, pur rimanendo volere distinto, sente che, per un lato, esso è congiunto a questo comune prodotto, risultante dalla combinazione di tanti singoli atti volitivi. Non si tratta quindi di una ipostasi, poichè l'atto volitivo comune vive nelle singole volontà e per opera di esse; ma non si tratta neppure di una somma, poichè qui si produce una vera compenetrazione di atti volitivi, una sintesi, che sopravvive ai singoli voleri, essendosi permanentemente congiunta con uno scopo. Certo essa non può vivere senza il concorso attivo dei singoli voleri, ma allora questi non operano più come elementi costitutivi, sì bene come organi rappresentanti del comune prodotto, al quale oramai si sentono subordinati. Nessuno può più mutarlo secondo il proprio arbitrio; e così l'atto comune di volere si rende indipendente dai voleri singoli e vive, in certo modo, di vita propria, come dotato di una potenza autonoma.

§ 185. — L'associazione costituisce un tipo di obbiettivazione completa, perchè in essa il volere dei singoli non riesce a combinarsi in una formazione pienamente staccata dai voleri componenti, capace di vivere, in modo autonomo, una esistenza duratura. Onde il comune atto di volere rimane in tal caso una semplice somma dei singoli atti di volere. In altri termini, l'aggregato vive la vita dei suoi membri, è tutto compenetrato con essi, ne segue le vicende e le trasformazioni. Sicchè l'associazione non costituisce un solo soggetto, ma un insieme di tanti soggetti, quanti sono i

membri che la compongono. I soci mettono insieme i loro rispettivi poteri giuridici per raggiungere uno scopo comune, senza che ne sorga un potere giuridico nuovo.

Certo, anche le associazioni hanno statuti, norme interne, che costituiscono forme di obbiettivazione del volere, ma sono, come abbiamo detto, obbiettivazioni imperfette, perchè rimangono sempre in balìa dei singoli voleri, che possono a piacimento modificarle o sopprimerle e non sopravvivono ad essi, perchè la norma non assicura loro una esistenza duratura. Ciò non toglie che, in certi casi e dentro dati confini, per ragione di equità o di utilità, non venga concesso alle associazioni un potere giuridico, che loro permetta di farsi valere come soggetti. In questi casi e per questi riguardi la norma comunica ad esse una parziale obbiettività.

§ 186. — L'ultima categoria, lo Stato, presenta problemi complessi e caratteri peculiari, per cui si distingue da tutti gli altri soggetti di diritto. Anch'esso possiede una personalità, che si fonda sopra un'obbiettivazione di volere, ma qui l'obbiettivazione e il potere giuridico sono coevi e ciò dà origine a situazioni, a caratteristiche proprie, che vanno ben precisate, perchè non si generino equivoci.

Innanzi tutto dobbiamo notare che anche qui abbiamo un volere obbiettivato, il quale si distingue dal volere dei suoi componenti e si esprime per mezzo di organi atti a renderlo vivente ed attivo. Sotto questo aspetto avviene per lo Stato, quantunque in proporzioni più estese e più complesse, quello stesso fenomeno, che si verifica per la corporazione. Il volere dello Stato è quindi costituito da quell'insieme di atti volitivi che si sono fissati nell'ordinamento giuridico. Esso può diventare volere subbiettivo in quanto individui umani operano ad esprimerlo e a farlo valere. Ma questi voleri subbiettivi non sono voleri statuali se non in quanto manifestano il volere obbiettivato nell'ordinamento giuridico od operano secondo i fini di esso.

A tal riguardo peraltro occorre tener conto di una trasformazione, che si è lentamente operata nell'ordinamento statuale. Vi è infatti un periodo in cui si produce una confusione fra il volere dello Stato e i voleri subbiettivi, di coloro, che lo esprimono. Tale è il caso della monarchia dispositiva. Il capo dello Stato apparisce quale una vivente personificazione dello Stato, per cui il suo volere subbiettivo combacia sempre con quello dello Stato. L'obbiettivazione è allora incompleta e non esiste un volere obbiettivo che possa contrapporsi a quelli individuali voleri, poichè l'ordinamento è, *fino a un certo punto,* in balìa del volere del despota. Ma ciò avviene, fino ad un certo punto, perchè anche nello Stato dispostico esiste un certo ordinamento, che s'impone alla volontà stessa del despota e conferisce ad essa potere giuridico. Luigi XIV può ben dire: *lo Stato sono io,* ma in forza di che cosa quel suo individuale volere può diventare potere dello Stato, se non in forza di un ordinamento, che conferisce a quel volere il potere giuridico di affermarsi quale capo supremo e dispotico? Egli è salito al potere in forza di una norma che regola l'ordine di successione al trono, governa in forza di tradizioni, di usi, di consuetudini, di leggi, di credenze, che gli conferiscono quel supremo potere e glielo rendono assoluto. Se quelle credenze si scuotono, se quelle norme perdono la loro forza obbligatoria, il suo potere dispotico crolla e s'annienta, come la rivoluzione s'incaricò di dimostrare.

È poi indubitato che l'evoluzione dell'ordinamento statuale si è svolta nel senso di distinguere in maniera sempre piu recisa il volere obbiettivo di tale ordinamento di fronte ai voleri subbiettivi degl'individui, i quali operano come rappresentanti di esso, di guisa che il carattere del loro compito si è nettamente delineato. Il tipo dello Stato giuridico, che è quello cui tendono e al quale mano mano si avvicinano gli Stati moderni,

non è, in fondo, altra cosa che questo: è la recisa distinzione, per mezzo di un ordinamento più complesso, più specifico, meglio definito, nelle sue parti e nel suo tutto, del volere obbiettivato di fronte al volere subbiettivo dei singoli, per guisa che questi assumano sempre più il carattere di rappresentanti ed operino, entro i limiti delle proprie attribuzioni, a tradurre in atto il volere obbiettivo.

§ 187. — Vi è dunque un volere dello Stato in quanto vi è un ordinamento, in cui e per cui questo volere si fissa e si obbiettiva. Ma come avviene che questo volere acquista potere giuridico?

È qui che il problema si complica, poichè, mentre negli altri soggetti incorporali il volere obbiettivo acquista potere per mezzo della norma, qui la norma superiore a quel volere non esiste, onde si ha in fondo un volere che accorda un potere a sè stesso. Pure il fenomeno è, nel fatto, più semplice di quello che non apparisca in sulle prime, poichè qui si tratta di un solo processo e non della confluenza, diciamo così, di due processi tendenti a un risultato unico, siccome nei casi precedenti.

È proprio della natura del volere il fatto di acquistare autorità e forza regolatrice a misura che si obbiettiva. Abbiamo già osservato che anche nell'individuo singolo un atto di volere già leghi la coscienza e acquisti una specie di autorità e di forza direttrice sugli stati, che ad esso seguiranno. E ciò si capisce, poichè il volere è forza eminentemente attiva, è concentramento di energia psichica e, come tale, può riuscire sintesi coordinatrice e direttrice della condotta. Ma questa sua autorità e forza direttrice si accentuano a poco a poco, a misura che essa si obbiettiva, legandosi permanentemente con uno scopo, sottraendosi agl'impulsi del momento, e a misura che altri elementi psichici concorrono a determinare quel risultato. Perciò che una ri-

soluzione leggera e poco meditata, tende, a parità di condizioni, ad essere meno stabile di una risoluzione presa dopo matura riflessione, la quale è sempre la risultante di un insieme di processi e di elementi psichici. Possiamo dire che un atto di volere ha, in genere, una energia proporzionata alla quantità e alla qualità degli elementi, che hanno contribuito a determinarlo, perchè ognuno di essi costituisce un contributo di forza psichica messa a disposizione di esso e, in pari tempo, provoca aggiustamenti, disposizioni, che richiedono nuovi sforzi per poter essere mutati.

Se questo tende a prodursi nell'interno di ciascuna coscienza isolatamente presa, tanto più deve poi prodursi nei rapporti fra più coscienze, allorchè all'atto volitivo individuale, si congiungono elementi provenienti dalle altre volontà, che in pari tempo legano e rinforzano la propria volontà, facendo sorgere il sentimento dell'obbligo di fronte agli altri. Questo sentimento si accentua maggiormente allorchè la decisione non è puramente individuale, ma combacia con altre decisioni consimili di altri individui od è atto comune di volere. In tali casi l'obbiettivazione del volere diventa una vera e propria norma, un comando imprescindibile, poichè allora la tendenza propria di ogni obbiettivazione del volere a trasformarsi in norma dell'agire trova tutte le condizioni propizie per tradursi in atto. Allora si forma infatti un volere comune, o per meglio dire, un comune atto volitivo, il quale, se bene risulti da tanti singoli atti volitivi, si presenta quale una formazione collettiva e nuova, in cui si fondono e in certo modo si combinano i lati comuni di ciascuna singola coscienza. Perciò apparisce alla coscienza di ciascuno, non più quale una somma di voleri singoli, ma quale un volere autonomo e autorevole.

Questa formazione volitiva autonoma costituisce un cumolo di energia psichica, arricchitasi con tutti gli ele-

menti, che provengono dalle coscienze singole, le quali hanno concorso a determinarla e s'impone, come tale, a tutti i singoli voleri. Ciascuno, in certo modo, dimentica il contributo, che vi ha apportato o vi apporta, e sente che non può più ritirarlo, poichè si sottrae definitivamente alla propria coscienza; mentre sente che si è costituita una volontà nuova, con un potere superiore, con una autorità, cui egli deve obbedienza. Ma da questo potere superiore, mentre provengono per ciascuno gli obblighi, provengono anche i poteri di agire in conformità della comune decisione. Il volere obbiettivato è quindi, per sua propria natura, un potere obbiettivo, poichè, l'istesso processo, in forza del quale si determina il comune atto di volere, genera a favore di questo un potere corrispondente. E ciò si comprende, poichè ogni atto di volere è anche atto di potere, onde non potrebbe obbiettivarsi quale atto di volontà, senza in pari tempo obbiettivarsi quale atto di potere.

Questo adunque si produce tutte le volte che hanno origine accordi di voleri, quando perciò i voleri subbiettivi si obbiettivano in un atto di volere comune. Non sono propriamente i singoli, che ciascuno per proprio conto si crei obblighi e poteri, ma è un comune atto di volere, *creduto* superiore ai voleri singoli, che impone a ciascuno obblighi ed accorda facoltà.

§ 188. — Questo fatto, che si produce sempre che hanno origine formazioni collettive del volere, tende naturalmente ad accentuarsi a misura che diminuisce il contributo di ciascun singolo volere, a misura cioè che più estesa e complessa è la formazione, più numerose sono le formalità, che ne determinano la costituzione e ne regolano l'esistenza.

Questo è appunto il caso dello Stato, per il quale, non solo tutti questi coefficienti concorrono, ma vi concorrono con la massima intensità, poichè esso costituisce appunto una delle più eminenti formazioni collettive;

per giunta poi è anche un prodotto necessario, indipendente cioè dalla volontà dei suoi singoli componenti, i quali nascono e si trovano nel suo seno e sotto la sua protezione; ed è dovuto ad un insieme di cause, che si sono svolte per lungo volgere di tempo e hanno in certo modo plasmato le coscienze a quella data forma di vita comune e di ordinamento giuridico, imponendosi quindi, tanto alle volontà, che lo rappresentano e lo muovono, quanto a quelle, che gli obbediscono. Si capisce allora come possa sorgere il concetto di un volere statuale, che imponga a sè stesso il suo potere giuridico.

Tale concetto non può sorgere di fronte alle minori formazioni collettive, che si costituiscono in seno dello Stato, poichè esse si trovano di fronte a questa formazione di ordine superiore; ma deve necessariamente sorgere rispetto allo Stato, che è formazione collettiva massima. Nella sua stessa esistenza, nel modo e nel carattere stesso della sua obbiettivazione, il volere dello Stato trova in sè stesso il potere giuridico, che lo innalza a supremo soggetto del diritto. Il volere conferisce a sè stesso il potere, perchè è volere sovrano; ma in tal caso opera, non quale volere subbiettivo, sì bene come volere obbiettivato e in forza della sua stessa obbiettivazione, che è ordinamento.

§ 199. — Ma appunto perchè ordinamento o effetto di un ordinamento, anche il potere dello Stato è potere limitato, e il limite proviene dallo stesso ordinamento, che lo Stato impone a sè stesso. E qui viene il problema: che limite può esser quello che lo Stato pone a sè stesso? La medesima volontà che lo pone, può anche toglierlo. A prima vista, il problema si presenta insolubile. Per risolverlo bisogna innanzi tutto procedere alla solita distinzione, e porlo nei suoi veri termini. Parlando di limiti alla volontà dello Stato, non si vuole intendere limiti di fatto, poichè questi esistono

e numerosi e non hanno bisogno di essere dimostrati. Essendo lo Stato una formazione storica e sociale, la sua volontà trova naturalmente i suoi limiti nelle stesse cause, che lo hanno fatto sorgere in quel dato tempo, in quel dato modo e presso quella data convivenza. Il limite che qui si cerca è un limite formale, quello proveniente dal comando, che s'impone alla volontà. Può la volontà che comanda essere alla sua volta comandata e ricevere un limite del suo stesso volere?

Le soluzioni che si sono tentate possono ridursi a due categorie: quelle che hanno cercato il limite in un principio, che sta fuori della volontà stessa dello Stato, quelle che lo hanno cercato nella stessa volontà statuale. La prima ha creduto di poter trovare questo limite in certi diritti o in certe norme che preesistono alla volontà dello Stato e sono ad essa superiori. È questo il presupposto, da cui partono tutte le dottrine di diritto naturale, vecchie e nuove, poggino esse sui diritti dell'uomo o sulla norma di solidarietà sociale del Duguit, sono tutte dottrine estragiuridiche, perchè trascendendo il diritto e perciò i limiti, che da esso discendono, non possono riguardarsi come limiti giuridici e il problema non può risolversi, che uscendo dai termini del problema. I limiti devono adunque crearsi nella stessa volontà dello Stato, siccome si mostra nell'ordinamento positivo e sono perciò sulla buona via coloro che, sulla scorta del Jellinek della sua dottrina sulla forza sinallagmatica del diritto, partono, col Jellinek, da una autolimitazione della volontà dello Stato. Ma essi non approfondiscono la soluzione e perciò si espongono alla facile critica degli avversari, i quali possono vittoriosamente affermare, che una volontà, che si autolimita, non è volontà.

Il Duguit sostiene a tal proposito, una teoria che non si regge, perchè è senza fondamento scientifico.

Ecco brevemente come ragiona il Duguit. Egli parte

dall'affermazione che non esistono diritti subbiettivi, perchè essi supporrebbero concessioni di poteri, acciò che possano esservi dei soggetti, con attività autonoma, e gl'individui umani non possono essere autonomi, perchè devono seguire una certa legge di solidarietà sociale, immaginata dal Duguit e che esiste nella sua fantasia, ma non nella realtà. Questa legge della solidarietà sociale verrebbe a togliere ogni autonomia di volontà ai soggetti e li ridurrebbe a semplici cose! E pure a questa conclusione si arriverebbe, se questa teoria avesse fondamento scientifico e si potesse attuare nella realtà.

Infatti questa teoria parte da un sofisma, di cui la premessa maggiore è che gli uomini non hanno volontà autonoma; la premessa minore è che se gli uomini non hanno volontà autonoma, non hanno neppure volontà, poichè una volontà non autonoma non si concepisce; la conclusione logica e, data la premessa maggiore e la premessa minore, gli uomini sono cose!

È quindi è giocoforza che gli uomini siano trasformati in ruote di una macchina colossale, mossa dalla forza motrice, che dispiega la legge della solidarietà sociale!

Ma questa teoria che nega un diritto subbiettivo, è costretta a negare, per la logica delle cose, anche il rapporto giuridico, che intercede fra due o più soggetti distinti. Perchè un rapporto, che intercede fra soggetti non autonomi, è inconcepibile, sia dal punto di vista teorico, sia dal punto di vista pratico.

Dal punto di vista teorico, perchè un rapporto giuridico non può logicamente esistere fra soggetti senza volontà autonoma in quanto il rapporto giuridico suppone un diritto e un dovere. Ma, nè l'uno, nè l'altro possono esistere, perchè i soggetti del diritto e i soggetti del dovere, non possono esistere, secondo la teoria, non avendo volontà autonoma. Nè dal punto di vista pratico può esistere, poichè un rapporto giuridico è ba-

sato su di uno scambio di utilità. E lo scambio di utilità non può esser fatto da volontà, che non hanno la piena disponibilità dei loro averi.

Parlando innanzi dei diritti pubblici subbiettivi, ho implicitamente accennato alla via che ci può condurre alla soluzione. La volontà dello Stato non è una volontà subbiettiva, ma una volontà obbiettivata, che trova perciò i limiti formali nell'ordinamento stesso nel quale e per mezzo del quale si obbiettiva. Ogni volontà obbiettiva è, per sua natura, volontà limitata, perchè non potrebbe obbiettivarsi, se non limitandosi in un dato modo, per mezzo di una regola, entro la quale è costretta a svolgersi dalla necessità stessa di conservarsi quale volontà obbiettiva e di conservare l'autorità che ha assunto in forza della sua obbiettivazione. Onde gli organi, e gli individui rappresentanti, ch'esprimono quella volontà, devono mantenersi entro quei limiti, e intanto possono legittimamente mutarla, in quanto si muovono entro di essi.

Questo vale per tutti i voleri subbiettivi, che si muovono per esprimere od attuare la volontà dello Stato, anche per quelli degli organi supremi, che possono fare e modificare il diritto, quindi spostare i limiti del volere obbiettivo. Così il potere legislativo non può mutare la costituzione (anche quando formalmente abbia il potere di farlo) se non agendo in conformità delle sue norme e secondo quella determinata procedura. Altrimenti il suo potere diventa illegittimo, si trasforma in un semplice potere di fatto. E la legge non può regolare ad arbitrio tutti i rapporti, ma deve svolgersi entro certi confini determinati dagli effetti della precedente legislazione, da certi principî generali determinati dalle consuetudini, dalle convinzioni giuridiche, da tutto l'insieme del diritto positivo di uno Stato.

L'autolimitazione non è pertanto un fenomeno esclusivo dello Stato, ma è un fatto comune a tutte le forme

di obbiettivazioue del volere, sopratutto poi a quelle di carattere collettivo. Come abbiamo già detto, più volontà non possono obbiettivarsi se non per mezzo della regola; e la regola è limite, non solo per le volontà singole, ma anche per la forma obbiettiva del volere. Questo fatto acquista un carattere più eminente nello Stato, poichè tutte le cause, che contribuiscono a rendere più eminente il suo potere, concorrono anche a rendere più rigida la forma della sua obbiettivazione. La rigidità anzi mano mano si accentua, a misura che dallo Stato dispotico ad obbiettivazione minima, si passa allo Stato giuridico ad obbiettivazione massima, nel quale sono tanto numerosi i limiti e i freni imposti alle volontà subbiettive, che lo rappresentanoo lo fanno muovere e così grande è la forza di resistenza, che bisogna vincere per provocare cambiamenti nel valore obbiettivo.

CAPITOLO VIII

La rappresentanza.

§ 190. — La teoria del soggetto ci porta naturalmente alla dottrina della rappresentanza. Più di una volta, nelle passate lezioni, abbiamo avuto occasione di accennare ad essa e abbiamo anzi dovuto implicitamente presupporla in alcuni degli svolgimenti anteriori, sopra tutto nel discorrere intorno all'esercizio del potere giuridico e alle forme obbiettivate del volere.

Il soggetto del diritto infatti non può sempre disporre direttamente del suo potere giuridico, nè può sempre adempiere i doveri connessi con l'esistenza o con l'uso di tal potere, non può sempre esercitare il suo diritto. Esso può trovarsi momentaneamente impedito o essere addirittura incapace di agire o può anche volere che altri disponga del suo potere giuridico. In queste occasioni diventa necessario che un altro soggetto operi invece di quello, cui è attribuito il potere, cioè eserciti questo potere e sorge così quel rapporto caratteristico che prende nome di *rappresentanza.*

Che cosa è la rappresentanza? La rappresentanza, nella sua essenza, è una di queste due cose: o l'esercizio di un potere giuridico altrui, o pure l'esercizio di un potere giuridico proprio nell'altrui interesse e, per conseguenza, a favore delle volontà, cui l'interesse si riferisce, di obbiettivazione del volere e sopra tutto poi apparisce in modo assai spiccato nelle obbiettivazioni di carattere collettivo. Più volontà non possono obbiettivarsi se non per mezzo della regola, come abbiamo già osservato, ma la regola è, per sè stessa, limite e non solo è limite per le volontà singole, ma anche per la stessa forma obbiettiva di volere, che a causa della obbiettivazione si determina. Anche i bambini (per riprendere l'esempio citato) che pongono di comune accordo la regola del loro giuoco, creano una forma di volere obbiettivato, che trova in sè stessa i propri limiti; e mentre s'impone all'arbitrio dei singoli, presenta una forza sua propria di resistenza di fronte ad altre possibili forme di obbiettivazione. Essa appunto non può essere cambiata se non per opera di un nuovo accordo, il quale non può determinarsi senza tener conto del precedente, almeno per distruggerlo; e il nuovo accordo non è più quello precedente, ma costituisce un accordo nuovo e come tale, deve vincere la forza di resistenza che oppone il vecchio accordo, la quale è

sempre a parità di condizioni, proporzionata alla quantità di energia volitiva, che occorse per poterlo costituire. L'impossibilità di cambiarsi senza cessare di essere quella data forma obbietttivata, la forza di resistenza, che essa oppone ad ogni cambiamento, i modi che bisogna tenere per cambiarlo conformemente alla sua propria natura, ecco in che cosa consiste l'autolimitazione formale.

S'intende che essa debba apparire in modo più eminente nello stato che è obbiettivazione massima. Tutte le cause che contribuiscono a rendere più eminente il suo potere, contribuiscono anche a rendere più evidente e più rigida la sua obbiettivazione. Ed essa tende anzi a svilupparsi ancor maggiormente a misura che si attua. Essa perciò implica un uso temporaneo, o anche permanente, del potere giuridico altrui, o pure, una condizionata concessione di questo potere e si produce, come abbiamo detto, allorchè il soggetto non può o non vuole esercitare il suo potere giuridico direttamente, cioè per mezzo del proprio volere. Ora il soggetto si trova nella condizione di non potere, sia perchè il suo volere non si è ancora pienamente formato o pure è in uno stato anormale, sia perchè esso si è obbiettivato e quindi scisso dal soggetto operante. Si capisce che in questi casi non è possibile un esercizio diretto del potere giuridico.

Così, nei minorenni, il volere non ha ancora raggiunto quel grado di maturità che gli permette di funzionare rettamente; negl'infermi di mente, esso si trova in una condizione anormale o non esiste del tutto quale volere cosciente di sè e degli scopi, cui la sua azione deve rivolgersi. In entrambi i casi il potere giuridico non potrebbe venir bene adoperato dal soggetto e sarebbe adoperato a danno proprio od altrui, o pure non sarebbe usato del tutto. Negli enti morali invece, il volere esiste, ma giacerebbe inoperoso, appunto perchè

obbiettivato e occorre sempre un soggetto attivo, un volere subbiettivo, che lo faccia muovere e utilizzi a vantaggio del volere obbiettivato il potere giuridico, che gli è stato concesso.

In altri casi esiste la capacità del volere, ma impossibilità o impedimenti temporanei tolgono al soggetto operante il modo di far valere direttamente il suo potere o pure ragioni di utilità o di opportunità lo inducono a trasferire l'uso ad un altro soggetto, che sia meglio in grado di esercitarlo in sua vece e quale istrumento del suo volere. Sorge allora la rappresentanza volontaria determinata dalle esigenze della vita sociale, dalla espansione dei rapporti, dall'estendersi e moltiplicarsi degl'interessi, dai commerci e da tutto un insieme di condizioni, il cui apprezzamento va abbandonato alla volontà dei soggetti operanti.

Finalmente vi sono poi altri casi, nei quali l'incapacità e l'impossibilità in certo modo si combinano per rendere necessaria una rappresentanza. Così, nei paesi liberi, nei quali è concessa a tutti i cittadini la partecipazione al loro proprio governo, non tutti posseggono il grado di capacità necessario per prender parte effettiva al funzionamento di esso; e dato pure che tutti possedessero tale capacità, sarebbe impossibile un governo in cui tutti dovessero direttamente governare. È già difficile che questo possa attuarsi in un piccolo stato ristretto fra le mura di una sola città (le antiche democrazie dirette erano tali solo apparentemente), si capisce come ciò sia addirittura inattuabile nei vasti stati moderni. Sicchè la norma in questi casi interviene a determinare una forma specifica di rappresentanza, in parte volontaria, in parte necessaria, che va sotto il nome di rappresentanza politica.

Onde abbiamo tre diverse forme di rappresentanza: una rappresentanza necessaria, nei casi d'incapacità, di cui la norma assume la protezione, una rappresentanza

volontaria, autorizzata dalla norma e una rappresentanza mista, in cui l'elemento della necessità si combina con quello della volontà. Nella prima forma è la norma stessa che fissa la rappresentanza e crea quindi il rapporto fra rappresentante e rappresentato; la volontà di quest'ultimo non interviene, perchè non potrebbe intervenire. Ciò non toglie che nelle forme obbiettivate del volere, le volontà soggettive possano esse stesse determinare il modo di rappresentanza, ma esse non possono farlo se non per mezzo di una regola che fissi una volta per sempre la maniera secondo cui la rappresentanza dovrà costituirsi per l'avvenire e siccome questa regola, con l'atto di riconoscimento, si trasforma in norma imprescindibile, la rappresentanza così costituita assume sempre il carattere di rappresentanza necessaria ed entra nella categoria della rappresentanza direttamente costituita dalla norma.

Nella seconda forma la rappresentanza viene costituita dai voleri subbiettivi, la norma interviene soltanto per autorizzarla e per regolare quindi il vincolo di rappresentanza. In questi casi cioè la norma autorizza il soggetto a delegare ad un altro soggetto una parte del proprio potere giuridico e in ispecie, l'esercizio di esso, o autorizza quindi il secondo ad assumersi questo potere. Si tratta allora di una nuova forma di disporre del proprio potere giuridico; invece di usarlo direttamente, si delega a un altro soggetto, il quale se lo addossa in certo modo, per usarlo, non quale un potere proprio, ma quale un potere altrui, per guisa che l'esercizio di esso, entro i limiti della delegazione, venga ad impegnare il soggetto, cui esso appartiene. In fondo, non è il potere giuridico che si trasferisce, ma è l'uso di questo potere, perciò l'atto del rappresentante lega il rappresentato; esso è sempre un effetto, quantunque indiretto, della sua volontà e quindi del potere ad essa accordato.

Questa delegazione si presuppone anche nel caso della

rappresentanza necessaria, ma con questa differenza, che essa non è più determinata volta per volta dalla volontà stessa del soggetto e non può quindi venir revocata da essa a piacimento, ma è determinata una volta per sempre dalla norma e perciò non può variare, ma deve svolgersi secondo le disposizioni di essa. Invece nella rappresentanza volontaria la delegazione può subire tutti gli spostamenti possibili, che le esigenze della vita o gl'interessi del soggetto consigliano. La facoltà di delegare il proprio potere è, fino a un certo punto, abbandonata alla sua volontà. E la differenza si comprende pienamente quando si pensa che, nel primo caso, si tratta di volontà incapaci a determinarsi e quindi a fare un diretto uso del proprio potere; mentre nel secondo caso si tratta di volontà capaci; onde nel primo caso il rapporto di rappresentanza deve obbiettivarsi, mentre nel primo può, senza inconvenienti, rimanere in uno stadio subbiettivo.

Nella terza forma l'elemento della necessità e della volontà si combinano fra di loro, nel senso che la rappresentanza è in parte un prodotto della volontà, in parte un prodotto della norma; e in quanto prodotto della volontà, essa non può costituirsi senza l'intervento dei voleri subbiettivi, il quale deve operarsi ogni qual volta la rappresentanza si costituisce; e sotto questo aspetto essa può apparire quale una delegazione di poteri; in quanto prodotto della norma, essa invece implica, non solo la necessaria costituzione, organizzata in un dato modo, di certi organi rappresentanti, ma anche la formazione di un nuovo potere giuridico a favore di questi ultimi. Ed è il lato più caratteristico di questa specifica forma di rappresentanza e perciò su di esso arresteremo più innanzi il nostro esame.

§ 191. — Ma prima di procedere oltre, dobbiamo domandarci se sia possibile una vera rappresentanza, poichè solo dopo una risposta a questa domanda possiamo an-

dare avanti con l'analisi intorno alla natura e ai caratteri specifici di questo rapporto. Chi infatti si fonda sul ragionamento del Rousseau, deve necessariamente negare, non solo la rappresentanza politica in ispecie, siccome fa quello scrittore, ma anche ogni e qualunque forma di rappresentanza. Egli nota, nel cap. XV del lib. III del suo *Contratto sociale* che « la volontà non si rappresenta, essa è la stessa o un'altra, non vi è punto una via di mezzo ». In altri termini, secondo questa dottrina, la rappresentanza sarebbe la rappresentanza di una nuda volontà, onde si rende inesplicabile per essa in che maniera una volontà possa agire per un'altra, possa esplicare il potere volitivo di un'altra, possa in tutto sostituirsi ad essa, senza perdere la propria individualità, o senza farla perdere a quella, da cui riceve il potere.

Ogni data volontà in tanto è tale, in quanto si differenzia delle altre e ha un potere volitivo suo proprio. Questo potere non può passare in altre volontà, senza che essa si annulli; ma annullandosi in altri, questi operano, non più in forza di un potere volitivo che si è annullato, ma in forza del proprio potere volitivo; essi, in altri termini, non rappresentano più l'altrui volere, rappresentano il proprio volere, cioè non sono rappresentanti di alcuno; o pure, se si ammette che il volere di un soggetto passi integralmente nella coscienza di un altro, per guisa da sostituirsi integralmente nella coscienza di un altro, per guisa da sostituirsi interamente al potere volitivo di quest'ultimo, come nel caso della suggestione ipnotica, allora il preteso rappresentante non è più che un istrumento del volere altrui, e non si può discorrere di una volontà che ne rappresenti un'altra, ma della stessa volontà che opera in un'altra coscienza. In nessuno dei due casi avremo la rappresentanza.

La soluzione di un tale problema ha per noi una importanza speciale, poichè noi consideriamo che il sog-

getto del diritto non possa essere, dal punto di vista formale, che la volontà, onde per noi la rappresentanza da quel medesimo punto di vista, non può essere, in ultima analisi, che una rappresentanza di volontà. Ora, se la volontà non si può rappresentare, la rappresentanza non è possibile e sono perciò antigiuridiche tutte quelle forme di rappresentanza, che hanno dato origine a tanti istituti nel dominio del diritto e daranno ancora origine a combinazioni ancora più numerose, a misura che più i rapporti si moltiplicano si complicano, e si estendono.

§ 192. — La dottrina del Rousseau peraltro non si regge e non è difficile scoprirne il lato debole. La rappresentanza nel dominio del diritto non può concepirsi quale rappresentanza di una nuda volontà astratta, ma di una volontà concreta, considerata in una data coscienza, nei moventi, che in essa operano e in tutta la realtà delle sue possibili rappresentazioni; e inoltre, il fenomeno della rappresentanza non suppone un passaggio o una sostituzione di volontà, ma suppone, quanto alla forma, una delegazione di poteri giuridici, e quanto al contenuto, una trasmissione d'idee e di sentimenti da una coscienza ad un'altra, cioè una trasmissione, non della volontà, ma dei fattori o del contenuto del volere.

Cominciando da quest'ultimo fatto, possiamo osservare, tutte le volte che si determina una forma qualunque di rappresentanza nella vita sociale, come il rappresentante non sia un semplice automa, un nudo istrumento dell'altrui volere; egli opera, e non potrebbe essere diversamente, con la volontà propria, anche in quei generi di rappresentanza in cui la funzione del rappresentante si riduce al compito di riferire le decisioni dell'altrui volere. Anche quando egli agisce quale una specie di *lettera parlata,* opera con la volontà propria, ma opera assimilandosi il contenuto dell'altrui volere, le intenzioni onde quella volontà è stata mossa. E tanto meglio riesce nel suo compito e tanto più sincera sarà

la sua rappresentanza, quanto più egli riesce con la volontà propria ad assimilarsi quel contenuto ed a riferirlo fedelmente.

Certo il contributo della coscienza e quindi, in ispecie, della volontà del rappresentante, cresce a misura che la sua funzione si allarga e si tratta quindi di rappresentare, non più decisioni formate, ma decisioni possibili, non più volontà capaci di esprimere il proprio volere, ma volontà in cui la decisione non può determinarsi e occorre quindi tener conto dei movimenti, che potrebbero operare su quella volontà in quella data situazione degl'interessi, onde potrebbe essere mossa ad agire in un modo piuttosto che in un altro, degli scopi cui dovrebbe tendere e via di seguito. Ma in fondo, si tratta sempre di una trasmissione vera o presunta di idee o di sentimenti veri o supposti, sia che presentino quali moventi, quali fattori di una volontà, in cui appariscano quale rivelazione di un'intenzione manifestata o possibile a manifestarsi, o addirittura di una risoluzione già presa.

Ciò che dunque si trasmette da una volontà ad un'altra, allorchè ha origine il fenomeno della rappresentanza, non è la volontà come tale, ma sono i fattori della volontà, i moventi, gli scopi, che inducono o hanno indotto già alla decisione, o nelle manifestazioni più rigide del fenomeno, è il contenuto della decisione stessa. In tutti i casi, si tratta sempre, in ultima analisi, dei sentimenti e delle idee, da cui scaturisce la forza del volere o da cui la decisione si compone. E questi elementi psichici possono certamente trasmettersi da una coscienza ad un'altra, se tale trasmissione non fosse possibile, non sarebbe neppur possibile la vita sociale, però che questa, in fondo, non è che interazione di coscienze e perciò comunicazione di sentimenti e d'idee, da cui poi risultano le combinazioni dei voleri e degli atti. Certo, la trasmissione non potrà essere mai inte-

grale, poichè, come abbiamo più volte ripetuto, ogni coscienza è centro autonomo di vita psichica, che rielabora sempre e combina in modo proprio gli elementi che le provengono dal di fuori; ma altra cosa è riconoscere che la trasmissione, non può essere mai pienamente integrale, altra cosa il negare addirittura ogni e qualunque forma di trasmissione. Del resto essa è tanto più facilitata e le modificazioni che gli elementi psichici subiscono, nel passare da una coscienza ad un'altra, sono tanto più ridotte, quanto maggiore è la comunanza degl'interessi e degli scopi e quanto più questi ultimi tendono ad assumere quel carattere soggettivo di credenza, che rende loro così agevole il passaggio da una coscienza ad un'altra. Tale considerazione assume per questo un grande valore pratico allorchè si tratta d'istituire e di regolare giuridicamente le diverse forme di rappresentanza.

§ 193. — Tale è adunque il fatto che si verifica tutte le volte che si determina un vincolo di rappresentanza nei rapporti sociali. Vediamo ora in che cosa consiste la rappresentanza nel dominio del diritto, esaminiamo cioè il suo lato formale. In tal caso la rappresentanza può essere una delle due cose (secondo cioè la forma che assume) o è una delegazione dell'uso del potere giuridico, o pure è la costituzione di un potere giuridico autonomo fatta con lo scopo che il nuovo potere giuridico venga usato a vantaggio altrui. Esaminiamo questi due aspetti.

Nella prima forma l'uso del potere giuridico passa da un soggetto ad un altro per mezzo di una delegazione autorizzata o prodottasi in conseguenza delle disposizioni stesse della norma (secondo si tratta di rappresentanza volontaria o necessaria). Quel che si trasmette adunque non è la volontà e neppure il potere giuridico, ma soltanto l'esercizio di questo potere, per cui una volontà acquista la facoltà di usare di quel

potere invece di un altro soggetto. Il che significa che il volere rappresentante, il volere cioè cui viene trasmesso l'uso del potere giuridico, deve adoperarlo in maniera corrispondente ai moventi e agli scopi espliciti o almeno impliciti, agl'interessi, quindi alle possibili decisioni del volere rappresentato. Il potere giuridico rimane immutato, immutati rimangono i movimenti e gli scopi, quello che muta è soltanto la volontà che deve fare agire il potere. Non è adunque formazione di un nuovo potere giuridico, tranne che nella facoltà di usare il potere giuridico altrui, ma questo non può subire modificazioni, il che appunto si esprime dicendo, che il rappresentante non può avere maggiori diritti del suo rappresentato.

Ora possiamo comprendere in che maniera una volontà incapace di determinarsi possa essere rappresentata. Dal punto di vista del contenuto ciò che si rappresenta è, come abbiamo detto, la decisione della volontà, gl'interessi, gli scopi che la muovono o potrebbero eventualmente muoverla. Se la volontà è incapace per incompleto sviluppo o per anomalia, la decisione si presuppone, cioè si suppone che una volontà normale, in quelle date condizioni di vita, di fronte a quegli interessi e a quegli scopi debba determinarsi in quel dato modo. Gl'interessi e gli scopi non vengono rappresentati per loro stessi, ma in quanto possono muovere e nella maniera con cui potrebbero muovere quella volontà, per determinarla presumibilmente in quel dato modo. Si rappresentano adunque gl'interessi, non per loro stessi, ma in quanto servono di mezzo per ricostruire una possibile e presumibile determinazione mancante. Se invece la volontà è incapace per obbiettivazione, allora il contenuto della volontà esiste, si tratta solo di farlo muovere nelle svariate occorrenze della vita, assumendo tutte quelle situazioni che possono valere a tal uopo e prendendo tutte quelle decisioni, che

presumibilmente quel volere prenderebbe da sè direttamente, se non fosse volere inerte. Anche qui peraltro gl'interessi e gli scopi servono quali strumenti per ricostruire una presumibile determinazione mancante. In entrambi i casi abbiamo una rappresentanza di volontà, la quale si ricostruisce in base al suo contenuto vero o presunto e perciò può apparire quale una rappresentanza d'interessi, per una facile confusione fra l'istrumento è la costruzione cui serve.

Dal punto di vista formale ciò che si rappresenta è il potere giuridico accordato a quelle volontà imperfette, le quali, appunto perchè imperfette, non potrebbero usarlo direttamente. Perchè si accordi il potere a volontà imperfette, lo abbiamo già detto, e del resto si può sempre rispondere agevolmente; perchè le esigenze della vita e le idealità giuridiche, lo richiedono e l'impongono; ma il fatto si è che quel potere viene accordato alle volontà e non agl'interessi di quelle volontà e perciò che il rappresentante agisce quale organo di quei voleri e non di quegl'interessi quale organo di quei voleri siccome potrebbero presumibilmente determinarsi nelle occasioni della vita e perciò deve usare del potere nel modo presumibile con cui ne avrebbero usato quelle volontà, qualora non fossero volontà imperfette. Gli è appunto per agevolare un uso cosiffatto e, in pari tempo, per impedire l'abuso del potere non proprio, che la norma circonda di cautele e regola con numerose disposizioni questa forma di rappresentanza.

§ 194. — Ma la rappresentanza può implicare anche la costituzione di un nuovo potere giuridico e ciò avviene quando al rappresentante viene concesso dalla norma un potere giuridico proprio, quantunque in dipendenza da una volontà espressa o da una volontà presupposta dei rappresentati. Qui non si tratta più della delegazione di un potere giuridico esistente o del suo esercizio, poichè tale potere non esiste nei rappresen-

tati, onde non potrebbero delegare quello che non posseggono; e inoltre tale rappresentanza può sorgere, come ho detto, anche indipendentemente da un loro espresso volere. Si tratta quindi della formazione di un potere giuridico nuovo, che il rappresentante viene a possedere in proprio e che, mentre gli concede la facoltà di agire quale rappresentante degl' interessi e quindi del volere di altre persone e per raggiungere certi scopi ad esse comuni, gl'impone anche l' obbligo di far valere quegli interessi, d' interpretare possibilmente quei voleri e di subordinare quindi a quegli scopi la sua condotta.

Queste sono appunto le forme di rappresentanza che prevalgono generalmente nel dominio del diritto pubblico. Noi troviamo infatti una forma generica di rappresentanza, la quale si rinviene generalmente nella costituzione dei pubblici poteri e nell'esercizio delle pubbliche funzioni. Ogni organo, ogni potere pubblico, è organo e potere rappresentante, poichè possiede un potere ad esso conferito, non per il conseguimento di un vantaggio individuale, per la difesa di un proprio interesse, per il raggiungimento di un fine egoistico; ma per conseguire vantaggi, difendere interessi, raggiungere scopi comuni alla collettività in genere o ai gruppi di persone, cui quegli organi presiedono. Dietro quegli organi si presuppongono i voleri, le aspirazioni legittime dei rappresentati e non importa che questi non abbiano direttamente contribuito a costituirli; essi sono sempre sotto il sindacato della pubblica opinione, delle aspirazioni del pubblico e in vario modo ne sentono la pressione e ne riflettono le idee e i sentimenti.

E ciò non soltanto nei così detti governi liberi, ma in genere in tutte le forme di governo, poichè in tutti più o meno le autorità sentono istintivamente la necessità (se non ne hanno chiaramente la coscienza) di dover governare in armonia con i bisogni, con le aspirazioni dominanti, di rispettarne gli usi e le credenze. Ciò che

varia a tal riguardo nei diversi governi, è soltanto la latitudine con cui s'intende questo potere di rappresentanza, la libertà con cui si crede di poterlo interpretare e di rivolgerlo anche al conseguimento d'interessi egoistici. E il progresso nella evoluzione delle forme di governo è sopratutto consistito nella limitazione di questo potere, nella determinazione di confini giuridici più precisi a fine di condurre la funzione dei governanti a una più schietta funzione di rappresentanza. Non è adunque la funzione di rappresentanza degli organi governanti nella sua essenza, che è mutata, ma è mutato piuttosto il modo come questa funzione si è venuta interpretando.

La funzione del governo, nella sua essenza, è e rimane sempre una funzione rappresentativa, e abbiamo precedentemente notato come domini in tutto il diritto pubblico il concetto di rappresentanza. Questo concetto si va a poco a poco delineando, a misura che dal diritto che regola i rapporti puramente individuali si passa al diritto che regola i rapporti di famiglia e da questo, a quello che regola i rapporti che intercedono fra gruppi più estesi, fino a che si arriva al diritto, che regola le funzioni dei poteri pubblici o a quello che regola i rapporti fra gli stati. E perciò sorgono man mano regole, istituti intesi a precisare, a specificare, a restringere entro confini possibilmente ben definiti, la funzione di rappresentanza o ne sono una conseguenza indiretta. Così, nel dominio dei rapporti familiari, ad esempio, vediamo nelle attribuzioni del padre di famiglia una preoccupazione crescente per gl'interessi dei figli, anche dei discendenti in genere; nei diritti delle associazioni, una crescente preoccupazione degl'interessi, non soltanto dei soci, ma della collettività, in cui le associazioni si muovono; nelle attribuzioni delle autorità, una crescente preoccupazione degl'interessi del pubblico, fino a che si arriva al concetto del diritto sovrano inteso in pari

tempo quale sovrano dovere; mentre poi nel dominio del diritto internazionale abbondano le garenzie di vario genere intese a tutelare gl'interessi di tutto l'organismo politico e cioè a procurarne una rappresentanza sincera di fronte agli altri organismi politici, tanto che certi istituti acquistano quivi quasi una nuova fisionomia.

§ 195. — Ma, oltre a queste forme di rappresentanza generica, che pervadono e informano tutto il diritto pubblico, vi sono in questo campo anche le forme di rappresentanza specifica, costituite per mezzo delle elezioni. In queste non si tratta più di volontà implicite o sottintese, ma di volontà esplicite, espresse per mezzo di pubbliche votazioni. Intorno alla natura giuridica di queste forme specifiche di rappresentanza è stato molto discusso dai giuristi e dai pubblicisti; ma le opinioni rimangono ancora vaghe e divise e non accennano a condurre a una dottrina coerente, precisa e concorde.

Notammo già nel corso del passato anno che gli ordinamenti rappresentativi traversano ora un periodo di transizione; infatti la moderna rappresentanza politica si è a poco a poco organizzata e costituita proprio quando si andavano sciogliendo quegli aggruppamenti organici che l'avevano fatta sorgere nel periodo medievale e avevano conferito ad essa una impronta ben determinata. Allora la compagine politica era, a così dire, ridotta alla sua minima espressione, sopraffatta dalla tendenza propria di ogni gruppo autonomo ad assumere carattere di ordinamento politico. Ciò implicava un minimo di cooperazione e di attività politica e giuridica nel superiore organismo statuale, poichè la vita politica e giuridica si svolgeva quasi tutta in seno al piccolo gruppo.

Questa tendenza, combinata col grado intimo di solidarietà, con la completa armonia degl'interessi, quale poteva esistere nell'interno di quei piccoli organismi

omogenei, doveva conferire alla rappresentanza quella specifica figura giuridica che va sotto il nome di mandato. Nella costituzione del rapporto rappresentativo poteva allora aversi una vera delegazione del potere giuridico dai rappresentanti, il conferimento cioè dell'esercizio di un potere esistente, non la formazione di un nuovo potere. Così, quando una corporazione di arti, ad esempio, sceglieva un rappresentante per agire di fronte a un'altra corporazione o di fronte a quel fascio di corporazioni, che era il comune, conferiva ad esso poteri ed istruzioni, i poteri per agire in nome e invece della corporazione, le istruzioni intorno al modo come doveva esercitare il suo compito, che costituivano appunto i limiti di quei poteri. I famosi *cahiers* dei rappresentanti del *terzo stato* in Francia erano appunto i poteri e le istruzioni dei mandatari di quel ceto sociale. Il rappresentante, in tali condizioni, era legato al volere del gruppo, doveva svolgere il suo compito entro i confini assegnatigli, e se ne usciva, non impegnava il mandante. La rappresentanza aveva insomma quel carattere che poi fu detto di mandato imperativo.

Ma quando i gruppi organici si disciolsero per fondersi o confondersi in seno del vasto organismo statale, questo concetto della rappresentanza non poteva più sussistere, la rappresentanza s'ispirò quindi al criterio di una rappresentanza dello stato nella sua generalità e il mandato perdè ogni carattere imperativo, anzi ogni forma di mandato imperativo venne espressamente vietata; e se si continuò a parlare di mandato nel designare questa forma di rappresentanza, ciò fu in un senso figurato e non più strettamente tecnico. Queste trasformazioni appariscono in tutta la loro essenza nel primo periodo della rivoluzione francese, quando appunto il passaggio dall'una all'altra forma di rappresentanza si operò in modo improvviso, allorchè i delegati degli *stati* si proclamarono rappresentanti della nazione.

§ 196. — Ma, che cosa è questa rappresentanza della nazione e dello stato in genere? e perchè questi rappresentanti che devono rappresentare lo Stato in genere, si fanno eleggere dai singoli gruppi elettorali? In che differisce essa dalla rappresentanza di altre autorità e di altri funzionari dello Stato, che pur non vengono eletti in questo modo? Quale è insomma la natura giuridica di questa nuova forma di rappresentanza?

Senza intrattenerci a discutere intorno alle diverse dottrine proposte, poichè una discussione specifica di esse si appartiene a un ramo speciale del diritto e ci costringerebbe ad abbandonare il nostro punto di vista generico, diciamo subito che la moderna rappresentanza politica non può concepirsi giuridicamente e quindi non può praticamente organizzarsi se non in base ai criteri cui ho innanzi accennato. Essa non può essere semplicemente una rappresentanza in genere dello Stato, poichè il modo stesso come si costituisce la rende inevitabilmente una qualche cosa di più specifico e concreto. Se non che gli elettori che eleggono il proprio rappresentante non trasferiscono o delegano ad essi un potere giuridico. Non si può delegare un potere giuridico, che non si possiede e gli elettori non posseggono il potere giuridico di sedere in parlamento e di fare le leggi. La loro scelta è una designazione della persona su cui deve cadere il potere giuridico ed ha appunto per effetto di costituire a favore di essa un nuovo potere giuridico, quello appunto che le conferisce la qualità di rappresentante politico.

Ma donde viene questo nuovo potere politico in seguito dell'atto di scelta? Esso è un prodotto della norma, come tutti i poteri giuridici. In questo caso la norma subordina il nuovo potere giuridico alla scelta degli elettori. Sicchè questi, con il loro atto di scelta, non delegano un potere proprio (siccome avveniva ordinariamente nella rappresentanza medievale), ma contribui-

scono alla formazione del nuovo potere, poichè, senza il loro atto di scelta, quel potere, in questo caso, non si sarebbe potuto costituire. Ciò crea necessariamente un vincolo specifico fra rappresentante e rappresentato e una certa dipendenza dello eletto di fronte ai propri elettori, poichè se il potere giuridico del rappresentante non viene più conferito da questi, ma si crea per opera e in forza della norma, è indubitato che esso non si sarebbe potuto costituire senza la volontà degli elettori.

Da questo vincolo non possono non derivare diritti e doveri reciproci fra elettori ed eletti. Essi sono costituiti appunto dall'indole del potere nuovo che si costituisce. Non essendo costituito o conferito dagli elettori, non può venir ritirato da essi con un altro atto di volontà, non può ricevere per opera di essi, nè ampliamenti, nè limiti. Il rapporto fra rappresentanti e rappresentati non può quindi aver carattere di mandato e perciò di un mandato operativo. Se a tal riguardo si continua a discorrere di mandato nel linguaggio comune, l'espressione non può trarre in inganno, essa non ha più un significato giuridico rigoroso. Ma, in pari tempo, questo potere non può avere un significato generico e non può muoversi entro confini indeterminati. L'occasione e il modo come si costituisce non possono non influire nella sua natura, sui suoi limiti, sul suo contenuto. Si tratta, è vero, di un potere costituito dalla norma, se non che in ogni singolo caso esso non può sorgere se non con l'intervento della volontà degli elettori, quindi non può non implicare una funzione di rappresentanza specifica. In che cosa consiste?

Onde occorre conoscere donde viene questo potere in seguito all'atto di scelta? Esso, come tutti i poteri giuridici, è un prodotto della norma, la quale, in questo caso ne subordina il conferimento alla volontà degli elettori Sicchè questi, col loro atto di scelta, non delegano un

potere proprio, ma contribuiscono alla formazione del nuovo potere, poichè, senza il loro atto di scelta, quel potere non si sarebbe potuto costituire. Ciò crea necessariamente un vincolo specifico fra rappresentante e rappresentato e una certa dipendenza dell'eletto di fronte ai proprî elettori, poichè, se il potere giuridico del rappresentante non viene conferito da quelli, ma si crea in forza della norma, è indubitato che esso non si sarebbe potuto costituire senza la volontà degli elettori. Potrebbe obbiettarsi che la volontà degli elettori non è volontà autonoma, poichè essi sono semplici organi statuali e quindi non esprimono che la volontà dello Stato. Ma a ciò si può rispondere che la norma, pel conseguimento di certi dati fini, può conferire anche ad organi statuali la facoltà di manifestare un volere autonomo e quindi di agire, in date situazioni, quali veri soggetti di diritto. E questo appunto avviene nel caso specifico e costituisce il lato caratteristico di questa forma di rappresentanza, la quale perciò differisce dalle forme generiche di rappresentanza, onde è in certo modo pervaso tutto il diritto pubblico; e sopratutto si differenzia da qualunque altra nomina di titolare di un pubblico ufficio, alla quale sembrerebbe che, dal punto di vista formale, dovesse strettamente equipararsi.

§ 197. — Quindi per poter meglio specificare questa forma di rappresentanza, bisogna considerarla da un duplice punto di vista: dal punto di vista del contenuto formale e dal punto di vista del contenuto materiale.

Dal punto di vista del contenuto formale, la rappresentanza politica non può avere neppure lontanamente l'aspetto di mandato, in quanto esso ha assunto un aspetto unitario, che è più conforme alla sua natura. Lo Stato, infatti, non può permettere alcuna autonomia di gruppi, se non nei limiti del diritto, che esso crea. Altrimenti, nello Stato, non vi sarebbe

un solo diritto, ma tanti diritti quanti sarebbero organismi distinti.

Nel medioevo infatti la rappresentanza assumeva la forma di una *specie di mandato.* E diciamo *una specie di mandato* e non *un mandato vero e proprio,* perchè un vero mandato non si riscontra in quegli ordinamenti rappresentativi, non ostante i famosi *cahiers.* Invece, nello Stato moderno, la rappresentanza politica non può avere neppure lontanamente l' aspetto di mandato, in quanto esso ha assunto un aspetto unitario, che è più conforme alla sua natura. Lo Stato infatti, non può permettere autonomie di gruppi, se non nei limiti del diritto, che esso crea; altrimenti nello Stato non vi sarebbe un solo diritto, ma tanti diritti, quanti sono gli organismi distinti.

Questo è per ciò che si riferisce al lato formale della rappresentanza. Quando poi si guarda al contenuto materiale, non al lato formale della rappresentanza. Perciò che si riferisce al contenuto materiale, la rappresentanza non si può oramai considerare come rappresentanza esclusiva di interessi singoli, sia di singoli gruppi, sia di singole classi; ma si deve considerare come rappresentanza d'interessi generali, quali gl'interessi della collettività e dello Stato. Certo non può rinunziare a rappresentare interessi di singoli gruppi, specialmente quando si tratta di gruppi organici, che risultano in base alla legge della divisione del lavoro. Ma questi interessi non li può rappresentare se non dal lato, che possono armonizzare con gl'interessi sociali. Altrimenti sarebbe una rappresentanza incompleta, e non è in grado di funzionare, per il conseguimento dei fini assegnati a una vera rappresentanza politica e giuridica, corrispondente al tipo intermedio, che noi abbiamo assegnato a questa forma di rappresentanza lo Stato si trova impotente a fare questa riforma.

Tanto più che lo Stato moderno non è ancora riu-

scito a costituire questa forma di rappresentanza. Perchè esso non è ancora riuscito a liberarsi dalle teorie individualistiche e partigiane della rivoluzione francese. Infatti, dopo lo scioglimento radicale degli organismi esistenti sotto il vecchio regime, non gli fu possibile sostituire altre forme. Bisogna peraltro riconoscere, che non aveva il potere di farlo, perchè la dissoluzione dei rapporti sociali, provocati sopra tutto dalle lotte economiche tra capitale e lavoro, impedivano alla società la formazione di quelle esigenze, che dovevano permettere allo Stato di trovare e d'imporre una forma più proporzionata di rappresentanza.

Certo lo Stato non può creare queste esigenze, poichè esse si basano sulle esigenze, che sorgono spontaneamente dalla dinamica delle forze sociali. Il potere dello Stato, in questo caso, è quello di stimolarle, di rinforzarle, di ordinarle; ma se queste non esistono o offrono grandi ostacoli alla loro organizzazione; e sopra tutto, per ciò al lato formale della rappresentanza, l'intento non si può ottenere. Quanto poi per ciò che riguarda al contenuto materiale, la rappresentanza non poteva costituirsi, poichè mancava appunto l'organizzazione sociale.

Fu la guerra mondiale che potè giovare al nostro Stato per mezzo di una reazione, che provocò contro i vecchi regimi e contro le concezioni individualistiche dello Stato a cercare un nuovo orientamento nel concetto dell'eguaglianza. Si trovò un uomo capace di rendersi conto di questo orientamento e di attuarlo. Egli si rese conto che una rappresentanza organica non si sarebbe potuta costituire, se non si rispondesse a due esigenze fondamentali: quella prodotta dalle specificazioni delle attività degli individui e dei gruppi; e quella prodotta dal bisogno crescente di queste specificazioni, che è un bisogno intimamente connesso col completamento delle diverse forme delle attività specificate; e quindi alla coordinazione di esse, alla cooperazione ed

alla solidarietà. Queste due tendenze sono intimamente connesse fra di loro e quindi l'una non può esistere senza dell'altra.

Così una rappresentanza basata su queste due esigenze, è una rappresentanza, per così dire, ideale! Perchè è quella, che è meglio in grado di potere interpretare e collegare, e quindi rispondere alla doppia serie di esigenze, quella prodotta dalle specificazioni delle attività, e quella prodotta dal bisogno crescente da questi specificazioni, che è un bisogno intimamente connesso al completamento delle diverse forme di attività specificate, e quindi alla coordinazione di essi, alla cooperazione e alla solidarietà. Queste due tendenze sono intimamente connesse fra di loro e quindi l' una non può esistere senza dell'altra.

Così una rappresentanza basata su queste due esigenze, è una rappresentanza, per così dire, ideale! Perchè è quella, che è meglio in grado di potere interpretare e collegare, e quindi armonizzare, gl'interessi delle varie parti dello Stato con gl'interessi generali di esso.

E ora gli uomini che stanno al potere si sono resi ben conto della soluzione di questo problema, nel senso, che noi abbiamo e quindi stanno costituendo la nostra rappresentanza politica su questa base. Perciò noi siamo lieti che dopo tanti anni si verifichi (proprio nel nostro paese!) quello che abbiamo affermato su questo argomento, circa ai criterii per costituire una rappresentanza politica, più atta a conseguire gli scopi di una rappresentanza politica, più in armonia con i fini del diritto (1).

(1) Si vedano i miei *Principii di diritto costituzionale*, 1.ª ed. (Casa ed. Libraria) Milano 1988, pag. 156.

CAPITOLO IX

Oggetto del rapporto giuridico.

§ 198. — Con la dottrina della rappresentanza si completa la dottrina del soggetto. Dobbiamo ora parlare dell'oggetto del rapporto giuridico.

L'oggetto è, in genere, tutto ciò su cui può esercitarsi il potere giuridico. Esso perciò deve essere qualche cosa di staccato dal soggetto, di obbiettivato di fronte ad esso. Finchè un dato elemento inserisce al soggetto, non può essere oggetto, ma è elemento, parte costitutiva del soggetto stesso: tali sono, ad esempio, i pensieri, i sentimenti, in genere, gli stati psichici, tali anche le parti del proprio corpo. Ma, perchè una data cosa costituisca oggetto di diritto, non basta che sia estranea al soggetto, occorre ancora che sia capace di cadere sotto il suo potere giuridico. Poichè questo non è astratto potere, ma potere che vuole effettivamente esercitarsi nel mondo della realtà. Così inteso, l'oggetto è tutto ciò che può pretendersi in forza di un diritto subbiettivo; o pure, è il bene giuridicamente protetto, come ora meglio vedremo.

Ma l'oggetto del diritto non deve confondersi col contenuto materiale del diritto. Come sappiamo dalle indagini precedenti, il contenuto del diritto è costituito dalle esigenze della vita, dagli scopi, dagl'interessi e dalle idealità che poi mettono capo alla formazione della norma. L'oggetto del diritto suppone già la norma costituita ed è il mezzo con cui si possono giuridica-

mente soddisfare quelle esigenze, raggiungere quegli scopi, ecc. Così, una delle mie esigenze è quella di sostentarmi; il pane guadagnato col mio lavoro nè è il mezzo che il diritto mi garantisce. Essendo un mezzo per soddisfare esigenze, per conseguire scopi, l'oggetto è perciò sempre una utilità, un bene, qualche cosa, insomma, che ha interesse per il soggetto. Con ciò non bisogna ritenere che sia soltanto un bene materiale, economico. Quantunque i beni economici costituiscano sempre una grande categoria di mezzi, che si trasformano in oggetti di diritto, non sono poi i soli oggetti possibili. Accanto ad essi vi è una quantità di beni morali, che rispondono ad esigenze di ordine elevato e che perciò la norma tutela e trasforma in oggetti di pretesa.

Vi è peraltro una differenza fra l'una e l'altra categoria di beni: i primi possono cadere immediatamente sotto il dominio del soggetto, i secondi possono cadervi solo mediatamente, a traverso cioè l'azione degli uomini. Per cui rispetto ai primi si può pretendere direttamente la cosa, rispetto ai secondi si può pretendere solo l'azione od omissione altrui. Così, io posso pretendere direttamente il mio fondo; ma per il mio onore, per le mie opinioni, non posso pretendere che il rispetto degli altri. In questa seconda categoria di casi l'oggetto rimane imperfetto, poichè io non posso impadronirmi dell'azione altrui. Per impadronirmi interamente dell'azione altrui, dovrei impadronirmi dell'altrui volere e quindi dovrei annullare l'altrui personalità. Onde in questi casi occorre sovente trovare un corrispettivo, che possa tener le veci del vero oggetto, col quale peraltro non deve confondersi.

§ 199. — Sotto qualunque aspetto peraltro si consideri, l'oggetto del diritto costituisce sempre un bene e come tale, ha un valore per il soggetto ed obbedisce quindi alla legge dei valori. Di qual natura è questo valore?

Il concetto di bene è sempre correlativo a quello di valore. È bene ciò che determina in noi certi stati emotivi e certi processi mentali, per cui noi siamo indotti ad accordare ad esso un dato valore; e questi processi psichici sono, alla loro volta, determinati dalle nostre esigenze, per cui, in fondo, il giudizio di valore è dato dalla adeguazione delle nostre esigenze ad un determinato oggetto. Questo acquista valore, diventa un bene, nella proporzione con cui soddisfa le nostre esigenze.

Tale processo si verifica anche nel dominio del diritto, solo che qui acquista carattere obbiettivo, come in genere avviene di tutte le formazioni giuridiche; per cui qui non può trattarsi di esigenze subbiettive, quali si rivelano in una coscienza isolata, ma di esigenze che, obbiettivandosi nelle idealità giuridiche e poi nella norma, hanno acquistato, fino a un certo punto, una esistenza propria, indipendente, a così dire, dalle singole coscienze. I concetti di bene e di valore assumono perciò in questo caso una fisionomia speciale, che non possiamo indicare meglio se non con l'espressione appunto di *valore giuridico* e di *bene giuridico*. Il bene giuridico è ciò che ha valore giuridico, il valore cioè che gli assegna, esplicitamente o implicitamente, la norma di diritto.

Sicchè, il bene, che forma oggetto del diritto, strettamente parlando, non è un bene etico, o estetico, o economico, ecc., ma è un bene giuridico. Certo, nel suo contenuto, non può essere che bene etico o economico, ma formalmente non vale se non come bene giuridico, per il valore che gli assegna il diritto. Il diritto segue i suoi proprî criterî di valutazione e in base ad essi fissa la sua tavola deî valori. Mal ci apponiamo quindi allorchè parliamo dell'oggetto del diritto come di un bene materiale o morale, esso è semplicemente un bene quale viene considerato dal diritto e col valore che questo gli attribuisce.

Molte volte peraltro il valore del bene giuridico non viene esplicitamente determinato dalla norma e può essere determinato dai soggetti fra i quali intercede il rapporto o anche dal giudice; ma si tratta sempre di una valutazione formale, obbiettiva, accertabile nel dominio del diritto, con i criterî che esso fissa e con i mezzi, che sono a sua disposizione. Con ciò non deve credersi che questi criterî di valutazione siano del tutto diversi da quelli che si sono costituiti nella convivenza; se così fosse, la valutazione giuridica sarebbe fondata sul vuoto. Quel che vogliamo dire si è che il diritto, pur prendendo a base i valori della vita, li fissa poi con criterî proprî. Così, quando la norma dice che il venditore non può chiedere la rescissione se non è stato leso oltre la metà del giusto prezzo, significa che essa attribuisce solo al valore determinato in quel modo l'efficacia di produrre quei dati effetti giuridici.

§ 200. — L'oggetto del diritto è adunque un bene giuridico, valutato con i criterî proprî del diritto. Esso può consistere in una cosa materiale, che cade cioè sotto i nostri sensi, o in un atto umano. Onde abbiamo due categorie di oggetti di diritto.

La prima categoria è costituita da tutti gli oggetti che esistono in natura o sono un prodotto della nostra attività. Ma perchè possano diventare beni giuridici e quindi oggetti del diritto, occorre che abbiano un valore economico e cioè siano limitati, capaci di occupazione e permutabili. Così, l'alto mare, l'aria in genere, non possono essere oggetti di diritto, perchè non capaci di limiti e di occupazione. Se poi manca la permutabilità, manca al diritto la base su cui fondare i proprî criterî di valutazione e manca anche la ragione d'imporli. Inoltre, il diritto ha, come sappiamo, il compito di regolare i conflitti d'interessi, ma conflitti veri e proprî non possono sorgere su ciò che non è occupabile e non può formare oggetto di scambio.

Da ciò deriva che il mare, l'aria, la luce, e, in genere, tutte le forze della natura non possono costituire oggetto di diritto se non in quelle parti e per quel tanto ché possono venire limitate ed occupate e quindi acquistare carattere economico. Tutte le moderne conquiste della scienza, che tendono a forme di limitazioni, di occupazioni, di utilizzazioni, delle forze della natura, vengono quindi ad arricchire il diritto di nuovi oggetti.

Quando l'oggetto del diritto è costituito da un bene di questa natura, il diritto si chiama reale. Caratteristica propria del diritto reale è la determinazione di un rapporto fra la persona e la cosa, per cui il soggetto può affermare sulla cosa una vera signoria e può reclamarla ovunque si trovi. Ma da ciò non bisogna dedurre che il rapporto giuridico interceda fra la persona e la cosa. Questo rapporto è un mero rapporto di fatto, il rapporto giuridico si determina sempre fra soggetti, e in questo caso, fra il soggetto che possiede la cosa e gli altri soggetti, *a proposito di quella data cosa*, nel senso che il soggetto attivo può far valere il dominio, che egli vanta sulla cosa, *di fronte* a tutti gli altri soggetti. Se quel soggetto vivesse completamente isolato nel mondo e senza alcun contatto con gli altri uomini, il suo rapporto con la cosa rimarrebbe un semplice rapporto di fatto. Di modo che la signoria giuridica sulla cosa implica sempre il riferimento ad un rapporto con altri soggetti; se questo non sempre apparisce, è però sempre sottinteso.

Oltre alla cosa, abbiamo gli atti umani. In che senso un atto umano può costituire oggetto di diritto? In quanto lo si considera come obbiettivato, per guisa da potersi riguardare come una cosa. Se ad esempio, un individuo si obbliga verso di me a compiere un dato atto, questo atto può cadere sotto il mio potere giuridico in quanto io posso pretenderlo, considerandolo

come una cosa a sè. Abbiamo anche qui a fondamento del rapporto una certa cosa, ma a differenza della cosa materiale, questa qualche cosa non può direttamente cadere sotto la signoria del soggetto attivo, poichè, per quanto possa considerarsi come obbiettivato, l'atto rimane sempre connesso con la volontà di chi deve compierlo. È questa connessione appunto che costituisce il lato caratteristico di tale categoria di oggetti e conferisce al rapporto una impronta specifica. Non è possibile impossessarsi dell'atto altrui, ciò significherebbe, come ho già detto, impossessarsi dell'altrui volere e quindi distruggerne la personalità.

Sono perciò detti relativi i rapporti che s'intrecciano su questa seconda categoria di oggetti, perchè determinano una pretesa di specifica intensità di fronte alla persona che deve compiere o' non compiere quel dato atto. Il rapporto, pur presentando la struttura generica di tutti i rapporti giuridici, ha inoltre una struttura specifica sua propria. Ma il rapporto è relativo anche per l'impossibilità accennata di far cadere sotto il proprio potere giuridico l'atto altrui. Onde, non avendo il modo di ottenere sempre l'atto costituente oggetto del rapporto, si è costretti a contentarsi, tante volte, di sostitutivi, che la norma fissa o dà il modo di determinare. E questi sostitutivi sono, secondo i casi, o una pena o una utilità di carattere patrimoniale, e assumono in tutti i casi il carattere della sanzione. L'oggetto del rapporto subisce allora uno spostamento, poichè interviene un fatto nuovo, che è la violazione della norma e il rapporto si trasforma.

Questi spostamenti non possono prodursi quando l'oggetto del rapporto è una cosa. Le violazioni della norma non fanno perdere al rapporto la sua impronta caratteristica, nè ne spostano l'oggetto, tranne in casi meramente eccezionali. Finchè la mia cosa non è perita, io posso sempre affermare il mio dominio su di essa

e reclamarla presso chiunque se l'è indebitamente appropriata. Onde, mentre la stabilità dell'oggetto concorre a determinare nel diritto reale l'impronta di un diritto assoluto; gli spostamenti che si producono o tendono a prodursi nell'oggetto del diritto personale, conferiscono a metterne in rilievo il carattere relativo.

Abbiamo così le due categorie di oggetti nettamente distinti: la prima che comprende gli oggetti, diciamo così, stabili, pienamente obbiettivi, sui quali il potere giuridico del soggetto si può affermare in modo assoluto; la seconda che comprende gli oggetti mutevoli, incapaci di completa obbiettività e sui quali perciò il potere giuridico non può affermarsi, che in maniera limitata. Oltre a queste due non possono esservene altre; quelle che sembrano diverse, non sono poi tali nel fatto e possono sempre ridursi a queste due, come possiamo vedere da un esame sommario delle altre categorie di oggetti.

§ 201. — I progressi delle scienze, delle arti, delle industrie, hanno dato origine ad una quantità di oggetti nuovi, che vengono prodotti dall'intelligenza umana e hanno fatto sorgere il bisogno di portare su di essi la tutela giuridica. Si è quindi presentata la necessità di nuove costruzioni giuridiche, le quali valgano a far entrare questi nuovi oggetti nel dominio del diritto.

Rispetto a questi prodotti si è detto che essi non sono oggetti materiali, ma sono oggetti di una specie nuova, che non possono entrare nelle categorie precedenti. Chi produce un libro, un quadro, una statua, chi inventa una qualche cosa, ha su questi oggetti un diritto diverso da quello che ha il proprietario di beni mobili o immobili, ha cioe il diritto di riproduzione; di guisa che, colui che acquista tali oggetti, se in pari tempo non acquista il diritto di riproduzione, può farne l'uso che crede, ma non può riprodurli a piacimento. Il diritto alla riproduzione non si può quindi confondere col diritto sul prodotto, esso ha un oggetto suo

proprio, di carattere spirituale, per cui, accanto alla categoria delle cose materiali, bisognerebbe mettere la categoria delle cose spirituali, siccome una categoria specifica di oggetti del diritto.

Dobbiamo vedere se in questo caso, abbiamo effettivamente una nuova categoria di oggetti. Questi prodotti dell'intelligenza, qualunque aspetto assumano, per entrare nel dominio del diritto, devono pur prendere una certa consistenza, una forma obbiettivata, sensibile. Il diritto non può proteggere i miei pensieri, i miei sentimenti, finchè essi rimangono rinchiusi nella mia psiche. Perchè il mio diritto si possa affermare su di essi, occorre che si siano estrinsecati, che abbiano assunto una forma esterna, una manifestazione sensibile. E allora diventano cose come le altre. Il mio libro, il mio quadro, ecc. non differiscono, in questo, da tutti gli altri oggetti che sono nella mia casa. Dove la differenza potrebbe apparire è nel fatto che se io posso far riprodurre la mia sedia o il mio tavolo, non posso sempre far riprodurre il quadro, il libro, ecc., che io posseggo. In tal caso, oggetto del mio diritto è quella data copia del libro, del quadro, ecc., non la forma specifica che hanno assunto i pensieri contenuti nel libro o le figure disegnate nel quadro. Qui si avrebbe appunto l'oggetto *sui generis*, diverso da tutti gli altri oggetti materiali.

Se ben si pensa, si deve riconoscere che anche qui ci troviamo di fronte ad un oggetto materiale, cioè la forma assunta dalle idee e dai sentimenti. Per quanto ricco sia il contenuto ideale ed emotivo di essa, pure essa, obbiettivamente presa, è una forma sensibile e, come tale, entra nel dominio del diritto. Nulla toglie che l'autore possa affermare il suo dominio su questa forma e riprodurla a scopo di lucro. Apparentemente si hanno allora su di un medesimo oggetto, esempio la copia di un libro, due diritti diversi, quello dell'autore e quello del possessore del libro; ma in realtà i due

diritti hanno oggetti diversi, poichè quello dell'autore cade sulla forma, quello del possessore, sulla copia. Ed entrambi gli oggetti sono cose sensibili, hanno il carattere della economicità e sono valori giuridici.

Dove una differenza apparisce è nella durata del potere giuridico, poichè il diritto sulla forma ha ordinariamente limiti determinati dalla norma, mentre per i diritti sulle altre categorie di oggetti tali limiti non appariscono. Senonchè quei limiti sono determinati da ragioni di utilità sociale e anche dal fatto che la forma non è in tutto il prodotto della mente del solo autore, ma è anche in parte dovuta all'azione diretta o indiretta di altre menti, quindi è in parte un prodotto sociale. Questi limiti non mutano il carattere dell'oggetto; essi possono venire applicati anche agli oggetti delle altre categorie, senza che perciò il loro carattere muti.

§ 202. -- Vi è un'altra categoria di diritti nei quali l'oggetto assume una peculiare natura, onde parrebbe differenziarsi in modo radicale dagli altri oggetti, sono i diritti ora conosciuti col nome di *diritti della personalità*.

Tali diritti risultano dalle posizioni concrete che la persona umana assume di fronte alle altre persone e comprendono, il diritto all'esistenza, alla libertà, in tutte le sue svariate manifestazioni, all'onore, ecc. È questa una catogoria molto elastica, la quale può allargarsi o restringersi, secondo che si procede con criteri analitici o sintetici.

Rispetto a tali diritti parrebbe che l'oggetto dovesse consistere o in un fatto puramente ideale o nella propria persona. Così, io posso concepire il mio onore quale una parte della mia personalità morale, o quale una esigenza ideale ad affermare la mia dignità. Ma nell'uno e nell'altro caso s'incorre nella confusione fra oggetto e contenuto del diritto, cioè si confonde l'esigenza, che dà origine al diritto, con ciò che deve costituire il mezzo per soddisfarla. Così, io sento il bisogno di

veder tutelato il mio onore. Che cosa occorre per questa tutela? Che la norma ne imponga agli altri il rispetto. Onde, ciò che io posso pretendere, in base alle disposizioni della norma, non è l'onore, ma il rispetto dell'onore da parte degli altri, cioè l'azione o l'omissione altrui, come in tutti gli altri diritti, sopra tutto in quelli personali. Muta il contenuto, ma l'oggetto rimane sempre l'azione altrui; onde, formalmente, il rapporto non può costruirsi in maniera diversa. L'istesso può dirsi per tutti i diritti di questo genere. Così i diritti di libertà non possono concepirsi che come l'insieme delle pretese al rispetto della propria attività da parte degli altri. Se l'individuo si trovasse completamente isolato, rimarrebbe solo il fatto dell'attività, esso non potrebbe far sorgere pretese perciò non farebbe sorgere il diritto di libertà.

Certo, si tratta di una speciale categoria di diritti personali, perchè si presentano con un carattere assoluto. Io posso affermare di fronte a tutti e a chiunque i diritti della mia personalità, cioè pretenderne da tutti il rispetto; ma ciò non toglie che il loro proprio oggetto sia costituito dagli atti umani e possa subire quegli spostamenti, che abbiamo notato negli altri diritti personali.

CAPITOLO X

Diritto sulla propria persona.

SOMMARIO. — 203. Se gli elementi della personalità possano separarsi da essa. — 204. I diritti della personalità non sono diritti sulla persona propria.

§ 203. — I diritti della personalità ci conducono alla dottrina del diritto sulla propria persona, poichè a proposito di essi sopra tutto si è reputato necessario di costruire una tale dottrina.

La categoria dei diritti sulla propria persona è stata largamente elaborata in questi ultimi tempi, specialmente dalla dottrina tedesca, se bene non manchino precedenti che risalgano a qualche secolo addietro; ed è stata sopra tutto suggerita dalla creduta impossibilità a far entrare nelle categorie indicate certe forme nuove o certi aspetti creduti nuovi del diritto, che, a causa della confusione tra oggetto e contenuto, pareva presentassero una fisonomia propria (1).

Questa dottrina suppone nell'uomo un *io* centrale come contrapposto alle diverse parti del corpo, alle diverse esigenze dello spirito e alle diverse situazioni della personalità e concepisce quindi la possibilità di un potere giuridico dell'*io* sopra tutte queste cose. Ma, per noi, tale dottrina è insostenibile, perchè l'essere umano è tutt'uno e non si può scindersi in parti per contrapporle le une alle altre, a fine di creare un rapporto, che in tutti i casi, non può uscire dal dominio della personalità. Noi siamo padroni di concepirlo quale un insieme di elementi, ma giuridicamente, non possiamo discernervi un soggetto circondato da una quantità di oggetti, perchè abbiamo una sola personalità, dotata di un sol volere. Gli elementi che la costituiscono non sono parti per sè stanti, sono sempre elementi integrali di quel tutto. L'*io* che si vorrebbe prendere a soggetto di tali diritti, è un *io* astratto, che nella realtà non esiste, poichè nella realtà l'*io* è sintesi di stati psichici in un organismo corporeo e non si può separare da questi fatti.

Ma allora, in che modo può l'individuo umano disporre di sè stesso, fino a rinunziare alla propria personalità, come avviene nei regimi dove esiste la schiavitù? È infatti a proposito della schiavitù che può sopra

(1) Per un'ampia trattazione si veda lo scritto del Ravà, *I diritti sulla propria persona,* in *Riv. ital. per le Sc. giur.*, 1901.

tutto presentarsi l'illusione di un diritto sulla persona propria. Il concetto del *jus in se ipsum* comincia appunto ad apparire vagamente presso i Romani come un attributo dell'uomo libero. E tal concetto si manifesta chiaramente nel diritto germanico, che considera la libertà quale una signoria dell'individuo su di sè stesso. Le occasioni frequenti, che si presentavano, presso quei popoli, d'impegnare o di vendere la propria persona, anche per i motivi più futili, poteva facilmente indurre ad esagerare l'analogia fra il proprio corpo e una *res* qualunque, sulla quale può affermarsi il proprio potere giuridico. È peraltro visibile che in tali casi si tratta di una semplice illusione concepibile in un diritto primitivo. E l'illusione consiste nel ritenere che la cessione del proprio corpo o di una parte di esso o di una forma della propria attività non possa farsi, senza che si abbia un diritto su queste cose simile a quello che si ha sulle cose esterne.

Fra i due ordini di fatti corre invece una differenza notevole: quando io cedo una *res* qualunque, io cedo il mio potere giuridico su di essa; mentre quando io vendo la mia persona, io non cedo un oggetto, ma rinunzio alla mia qualità di soggetto, distruggo in tutto o in parte la mia personalità. Non rinunzio cioè al mio potere giuridico su qualche cosa; ma al mio potere di volere per sè stesso. Ad ogni modo non è più il caso di discorrere di questo completo annichilamento della propria personalità, che i diritti dei popoli civili non riconoscono, nè tollerano. Inoltre il carattere relativo degli obblighi di carattere personale prova che oggetto dell'obbligo non può essere la propria persona o una parte di essa, ma soltanto una prestazione, un atto del volere, in quanto può esso obbiettivarsi in un dato modo o in una data cosa.

Che se in questa categoria appariscono obblighi, i quali implicano forme di subordinazione o rapporti intimi

di convivenza, tali obblighi, lungi dal produrre l'annichilamento della personalità, sono appunto fondati sul riconoscimento di essa e hanno per iscopo la sua tutela, la sua protezione o lo scambio di servigi fra i diversi soggetti, onde oggetto della pretesa rimane sempre l'atto o la prestazione altrui. Così, la patria potestà non è propriamente potere sulle persone, ma sugli atti dei figli; i rapporti fra i coniugi non implicano un possesso reciproco della persona, ma una reciproca prestazione di atti, ecc.

§ 204. — Quanto poi alla categoria dei diritti della personalità abbiamo già notato che essi possono facilmente ricondursi alla grande classe dei diritti personali, poichè hanno sempre per oggetto gli atti degli altri individui umani; nella persona propria si possono rinvenire soltanto le esigenze, dalle quali la pretesa è suggerita, il contenuto materiale del diritto, non il suo oggetto. E l'istesso possiamo ripetere per quei diritti, che competono all'individuo, in quanto parte di una comunanza politica e che sono stati anch'essi riguardati come diritti sulla persona propria. Infatti il diritto del cittadino si riduce a una serie di pretese aventi a base gli atti o le astensioni degli altri cittadini o delle autorità a fine di potere esplicare certe forme di attività accordate dalla norma. E perciò tale diritto non nasce se non in rapporto con altri cittadini obbligati dalla medesima norma. Lasciando poi stare che in questo caso si tratta piuttosto di uno stato, di una condizione generica per l'esercizio di quei dati diritti.

Vi è infine la libera disponibilità delle parti del proprio corpo, che è stata scambiata con un diritto o con una serie di diritti sulla persona propria. In che senso si può dire che sia un diritto la libera disponibilità delle proprie mani, dei propri denti, dei propri capelli ecc.? Forse nel senso che possiamo disporne a piacimento e in ogni istante? In tal caso abbiamo un rapporto di

fatto, non di diritto. Il rapporto di diritto nasce solo quando io considero questa mia disponibilità di fronte ad altri individui e posso tradurla in una serie di pretese al rispetto delle varie parti del mio corpo, o la riduco a una serie di astensioni o di tolleranze da parte mia. Di modo che, anche in tal caso, gli oggetti del diritto sono costituiti dagli atti umani.

Da queste brevi considerazioni possiamo conchiudere che il diritto sulla propria persona sia un assurdo, perchè il diritto implica sempre un rapporto fra persone ed è incapace di regolare le connessioni, che possono determinarsi nell'interno della persona propria. Queste possono entrare, ed entrano in fatti, nel dominio dell'etica, non mai in quel diritto.

CAPITOLO XI

Natura del rapporto giuridico.

SOMMARIO. — 205. Rapporti unilaterali e bilaterali. — 206. Rapporti plurilaterali.

§ 205. — Il rapporto giuridico è adunque un rapporto che intercede fra soggetti giuridici a proposito di una cosa o di atti umani ed è conseguenza di fatti, che modificano o spostano il potere giuridico dei soggetti. Ogni spostamento, accrescimento o diminuzione di potere giuridico, porta di conseguenza modificazione nel dovere corrispettivo e quindi anche nell'oggetto del rapporto.

Questo rapporto è semplice, quando il potere giuridico può affermarsi solo da una parte e all'altra incombono solo gli obblighi. Tale rapporto si chiama unila-

terale, non nel senso che abbia un solo termine, ma nel senso che vi è un solo potere giuridico, intorno al quale s'intreccia il rapporto. Il rapporto invece è variamente complesso quando il potere e gli obblighi sono da entrambe le parti; quando cioè ogni soggetto del rapporto è in pari tempo, attivo e passivo. E allora il rapporto si chiama bilaterale.

Ma, come può avvenire che un soggetto sia, nel medesimo tempo, attivo e passivo? Questo può avvenire perchè il potere e il dovere di ciascuno non cadono entrambi sul medesimo oggetto o sulla medesima situazione di esso, ma su soggetti o situazioni differenti. Così, nella compra e vendita, gli oggetti del rapporto sono due: la cosa e il prezzo; e si combinano in modo che, colui che ha il potere giuridico sulla cosa lo cede in cambio del prezzo e chi ha il potere giuridico sulla somma di danaro, la cede in cambio della cosa. In una determinazione di confini l'oggetto è invece uno solo, ma il confine viene considerato sotto due aspetti diversi dalle due parti.

Di guisa che in questi rapporti complessi si tratta sempre, in fondo, di rapporti semplici, che s'intrecciano per modo da legare i due soggetti con un doppio vincolo; perciò questi rapporti vengono chiamati bilaterali. Le due espressioni *unilaterale* e *bilaterale* si adoperano qui in un significato diverso da quello che si attribuisce ad esse allorchè si parla della bilateralità in genere del diritto, poichè allora si vuole accennare alla connessione generica fra potere e dovere e non al modo specifico come tale connessione s'intreccia.

§ 206. — Abbiamo infine una terza categoria di rapporti, messi in rilievo in questi ultimi tempi, e che potrebbero chiamarsi plurilaterali per il numero indeterminato di soggetti fra i quali possono determinarsi. Tali rapporti hanno questo di specifico, che si svolgono fra soggetti che hanno interessi comuni e sorgono da una

congiunzione di poteri e di obblighi, anzi che da uno scambio fra di essi.

Mentre infatti i rapporti delle altre categorie suppongono cessioni o scambi di utilità e perciò di poteri giuridici, questi sono determinati invece da interessi comuni e risultano dalla fusione di atti volitivi rivolti al raggiungimento di scopi comuni. In tal caso i poteri singoli si fondono in un nuovo potere giuridico. Così, nel contratto di compra e vendita, noi scambiamo i poteri giuridici esistenti, dando origine a situazioni soggettive diverse, ma non propriamente a poteri giuridici nuovi. Quando invece diverse persone congiungono i loro voleri per il raggiungimento di scopi comuni e s'impongono perciò una norma, abbiamo qualcosa di nuovo, cioè una formazione obbiettiva di volontà, che può anche generare un nuovo soggetto di diritto, diverso dai soggetti componenti, come nel caso della corporazione. Abbiamo insomma rapporti giuridici ben diversi da quelli che esistevano prima di tale formazione. Ma di questo fatto ci occuperemo più a lungo allorchè parleremo del negozio giuridico.

CAPITOLO XII

Genesi del rapporto giuridico.

SOMMARIO. — 207. Le attività sociali. — 208. La dottrina del Sumner Maine. — 209. Valutazione e critica di essa. — 210. Fatti che hanno suggerita questa teoria.

§ 207. — Qualunque sia la forma che il rapporto giuridico assume, esso non è mai fisso, ma in uno stato di continuo movimento. Come sappiamo, il rapporto giuridico è un lato del rapporto sociale e questo è, per

sua natura, mobile, come sono mobili le azioni degli uomini. La vita del diritto è perciò tutta intessuta da una quantità infinita di rapporti che nascono, s'intrecciano in mille maniere entro gli schemi fissati dalla norma e si trasformano incessantemente, passando da una ad un'altra categoria, da un soggetto ad un altro; ora estinguendosi per sopravvivere nei loro effetti o per dare il posto a nuovi rapporti, ora risorgendo a nuova vita dopo un periodo di stasi, ora rinvigorendosi con nuove combinazioni, ora attenuandosi per l'indebolirsi dell'attività giuridica, o cessando del tutto per mancanza di esercizio. E in questa vita del rapporto che consiste veramente la vita del diritto, poichè essa è vita sociale e per conseguenza è fatta dalle azioni degli uomini.

Ed è appunto per regolare queste azioni che sorge la norma giuridica, siccome sorgono tutte le altre norme. La norma fissa le direttive che le azioni degli uomini devono seguire per svilupparsi ordinariamente; scava, a così dire, i canali, entro i quali quella vita deve scorrere. E come non è certamente sulle dighe o sugli argini che andremo a cercare tutta la flora di una data regione, così non è nei codici che potremo trovare descritta la vita del diritto. Ma il paragone non ci deve trarre in inganno; se nelle norme non è descritta la vita del diritto, è pur sempre in esse un riflesso di quella vita, vi sono i depositi di ciò che essa è stata per il passato, si celano le forze di ciò che essa potrà essere per l'avvenire e per questo un continuo scambio di azioni e di reazioni si verifica fra la vita del diritto e le norme giuridiche. Queste interazioni possono dare origine alle nuove norme: è il fenomeno che abbiamo studiato nelle fonti: ma decidono anche della esistenza, della evoluzione, del carattere che assumerà il rapporto giuridico: è il fenomeno che dobbiamo studiare ora.

§ 208. — Il rapporto giuridico è infatti una risultante

delle disposizioni delle norme combinate con la volontà e con le azioni degli uomini. Senza le disposizioni della norma si potrebbero avere solo rapporti di fatto: ma, senza la volontà degli uomini, i rapporti non potrebbero neppure sorgere. La vita e la vitalità del rapporto dipende quindi dal modo come si combinano e come operano questi due elementi. Essi operano e si combinano in maniera diversa nelle diverse epoche storiche. Ora è l'elemento normativo che prende il sopravvento e fissa i rapporti; ora è l'elemento attivo, cioè la volontà, che predomina e determina nel rapporto una vitalità anche eccessiva.

A tal riguardo va ricordata quella dottrina sociologica intorno ai tipi di vita sociale, alla quale ci siamo più di una volta riferiti. Nelle epoche conservatrici infatti, la norma tende a prevalere sull'elemento della volontà e perciò i rapporti assumono forme stereotipate, presentano un massimo di stabilità. Nelle epoche innovatrici, la volontà, la libera azione degli uomini, prendono il sopravvento e un fremito di attività pervade tutta la vita sociale.

La imperfetta percezione di questo fenomeno diede origine, nel passato secolo, ad una famosa teoria, che va col nome di teoria del *passaggio dallo status al contratto*. Il Sumner Maine, studiando il diritto dei popoli primitivi, nei gruppi di razza ariana, fu colpito dal fatto che la vita sociale e giuridica di quei popoli era tutta assorbita dal gruppo, nel quale i singoli individui sparivano; e ciò in aperto contrasto con quello che accade nei moderni paesi civili, presso i quali l'individuo è sciolto da tutti i vincoli, che altre volte lo legavano e lo asservivano agli organismi di ogni genere e può affermare la sua piena autonomia di volere. Gli sembrò quindi di potere affermare che il progresso del diritto sia appunto consistito nel passaggio da un ordinamento sociale, in cui i rapporti vengono imposti all'in-

dividuo da un estraneo volere, ad un altro del tutto diverso, in cui i rapporti vengono determinati dalla libera volontà di ciascuno. Prendendo la parola *status* per indicare l'insieme delle condizioni, che non dipendono dalle convenzioni liberamente stipulate dalle parti, egli conchiuse che il movimento delle società progressive è stato finora un movimento dallo *status al contratto* (1).

Questo modo d'intendere l'evoluzione dei rapporti sociali doveva trovare una larga adesione ed un'applicazione estesa nel dominio della sociologia, dove questi concetti non erano nuovi, ma vi si erano andati affermando per altre vie. Già il Comte, probabilmente ispirandosi a una dottrina consimile del Saint-Simon, aveva parlato di un graduale passaggio da un ordinamento militare ad un ordinamento industriale. L'idea fu ripresa e svolta più ampiamente dallo Spencer, per il quale lo sviluppo delle forme a cooperazione libera, divennero l'ideale etico da conseguire per raggiungere il perfetto ordinamento sociale. Sotto una forma o sotto un'altra, questa idea è poi penetrata in quasi tutte le moderne dottrine sociologiche, esercitandovi un'azione più o meno diretta, più o meno marcata, quantunque non sempre visibile. Occorre perciò ricercare quello che vi è di vero e di fondato.

§ 209. — In questa valutazione critica dobbiamo limitarci a preferenza al dominio del diritto, per non uscire troppo dai confini della nostra disciplina.

La teoria del Maine risente troppo il semplicismo di certi sistemi, che con un solo principio o con un piccolo numero d'idee, vogliono rendersi conto di tutte le complicate forme, che possono assumere i fenomeni sociali, in genere o quelli giuridici, in ispecie. Come già no-

(1) *Ancient Law,* pag. 150 della trad. franc. Per più ampi sviluppi si veda: G. Dallari, *Di una legge giur. formulata da H. Sumner Maine,* Torino, 1905.

tammo, le due tendenze, la conservatrice e l'innovatrice non si verificano egualmente e non operano nel modo medesimo in tutte le parti del diritto. In una data epoca può avvenire che, mentre alcune parti sono come agitate da un vivo moto di trasformazione; altre, contemporaneamente, rimangono cristallizzate in forme fisse. Lo stesso dobbiamo ora ripetere per ciò che si riferisce alla parte assegnata alla norma e a quella assegnata alla volontà nella determinazione del rapporto giuridico. Così, nelle epoche primitive, mentre i rapporti in seno dei gruppi sono rigidamente regolati dal costume, i rapporti fra i gruppi sono a preferenza regolati dal contratto. Parimenti, nell'antichità, l'elemento contrattuale si sviluppa in pari tempo che l'elemento normativo. Il medio evo, che parrebbe un'epoca di assoluta prevalenza del costume, è anche un'epoca in cui il contratto assume una notevole importanza. Il sistema feudale, il comune, le corporazioni, si costituiscono in gran parte su base contrattuale.

L'epoca moderna, epoca essenzialmente innovatrice, parrebbe l'epoca del trionfo della volontà e del contratto. E pure nulla di più ingannevole. Anzi che estendersi, la sfera del contratto, tende invece a ridursi a vantaggio dei rapporti unilaterali determinati dall'azione della norma. Non nel senso che la volontà degl'individui non abbia una parte notevole, ma nel senso che è la norma e non la volontà che ne fissa gli effetti giuridici.

Vi è dunque sempre un elemento normativo ed un elemento volontario nella determinazione del rapporto giuridico. Nelle diverse epoche, o anche nelle diverse parti del diritto, l'uno può acquistare una certa prevalenza sull'altro; ma la prevalenza dell'uno non può mai significare l'esclusione dell'altro. Il graduale passaggio da una condizione di cose retta esclusivamente dalla norma, a una condizione di cose regolata esclusivamente dalle singole volontà, non si verifica nella storia. Ciò

che ha potuto trarre in inganno a tal riguardo e condurre all'affermazione di questo principio è un insieme di fatti connessi, che dobbiamo brevemente indicare.

§ 210. — Uno di questi fatti consiste nel numero crescente d'individui umani cui viene concessa la qualità di soggetto a misura che le convivenze si evolvono e quindi la graduale sparizione di privilegi e di disparità di trattamento, non compatibile col principio dell'uguaglianza delle persone umane e della libera esplicazione della loro attività. Ma ciò non implica la riduzione dell'elemento normativo. Il crescente numero dei soggetti e delle loro forme di attività, implica necessariamente un crescente intervento della norma. Lo sviluppo di cooperazioni più estese e più libere, non si concepisce, se non in connessione con la norma che la regola; si tratta di due fenomeni concorrenti e coordinati, che si condizionano a vicenda. Onde l'evoluzione del diritto non si può ricercare in uno soltanto di essi, ma deve ricercarsi nei rapporti che fra di essi si determinano.

L'altro fatto che può generare l'illusione è il processo di differenziamento della norma giuridica dalle norme delle altre categorie. Si capisce che fino a quando la norma giuridica rimane confusa con le altre norme e abbraccia perciò i contenuti più diversi, la sua pressione sulla coscienza degl'individui è immensamente più grande, ed estendendosi fino alle parti più intime della personalità, annichila ogni autonomia di volere. Mentre, a misura che si restringe nel suo proprio campo, quell'autonomia può affermarsi ed estendersi. Ciò può far credere che l'azione della norma giuridica si riduca. Ma si tratta di pura illusione, poichè, restringendosi nel suo proprio campo, l'attività della norma non si riduce, ma, al contrario, s'intensifica. Abbandonando una quantità di rapporti che è incapace di regolare in modo appropriato alla sua natura, si rivolge a una quantità nuova di altri fatti, che possono venir regolati giuridi-

camente. Il freno posto alle volontà cooperanti allora può essere maggiore, ma viene meno sentito, perchè più appropriato. Così, una norma, giuridica che imponga l'obbligo del digiuno o del precetto pasquale, è molto più sentita, che non una norma che prescriva una serie di limiti per ragione pubblica sicurezza, d'igiene o di giustizia sociale. Onde si può essere facilmente indotti a ritenere che, col restringersi nel proprio campo, la norma abbia anche ridotto il suo intervento; mentre può essere invece accaduto tutto il contrario, e per un compito non proprio, che ha abbandonato, ne abbia invece assunti parecchi più adatti al suo modo d'azione.

Vi è poi la mobilità caratteristica che assumono le norme nelle epoche innovatrici, provocata dalla mobilità stessa dei rapporti e dalla incessante formazione di esigenze e di rapporti nuovi. Ora, questo moto di trasformazione delle norme fa meno sentire la loro pressione, perchè allora le norme possono muoversi, in certo modo, con le stesse esigenze e con le aspirazioni degli stessi interessati. Le leggi nel fatto si moltiplicano, ma la possibilità stessa dei cambiamenti, non fa sentire tutta la loro pressione e sopra tutto impedisce che si porti su di essa quel grado di attenzione, che ne permetta di constatarne tutta l'entità.

A tali cause bisogna poi aggiungere la partecipazione della collettività alla formazione delle norme. Questa partecipazione può essere più o meno diretta, ma quel che importa in tal caso, non è la partecipazione effettiva, ma i convincimenti, che intorno ad essa si creano nell'ambiente. Così, a parità di condizioni, si ritiene sempre che la partecipazione, non solo della collettività in genere, ma anche dei singoli individui, possa essere ben più attiva e diretta laddove esiste un regime di rappresentanza e laddove esso poggia su di una base elettorale assai larga. Il convincimento può non rispondere alla realtà, ma provoca una serie d'illusioni, per

opera delle quali la collettività viene riguardata come più libera dall'azione della norma. A causa poi di quell'associazione mentale che c'induce ad attribuire alle parti, ciò che si riferisce al tutto, si è allora indotti a ritenere, che per tal modo in ogni singolo componente la pressione della norma si riduca.

Un'altra illusione finalmente contribuisce a generare questo convincimento. È quella determinata dalle aberrazioni caratteristiche del senso storico, per cui in ogni epoca si tende a giudicare le altre epoche, non in modo obbiettivo e in base alle condizioni, alle opinioni e ai sentimenti, che prevalsero in ciascuna; ma in base alle condizioni e alle credenze dell'ambiente, in cui si vive. Noi abbiamo le nostre credenze, proprie del nostro periodo di cultura, assorbite con l'educazione e con l'esempio e di esse non riusciamo a disfarci. I nostri giudizi di valutazione si formano sotto la diretta influenza di esse. Perciò, vivendo in un'epoca innovatrice e di libertà esageriamo, in base alla legge dei contrasti emotivi, la parte che poteva avere la norma nelle altre epoche nel determinare i rapporti umani e riduciamo quindi, nella nostra fantasia, quella che ha nel presente. Per il presente noi portiamo tutta la nostra attenzione sul campo libero lasciato alla nostra volontà e lasciamo nell'ombra l'azione della norma; per il passato facciamo tutto l'opposto e l'azione della norma ci sembra immensamente più grande.

Nei due casi guardiamo il fatto da punti di vista unilaterali e possiamo così credere a un lento e irresistibile contrasto fra le condizioni che caratterizzano lo *status* e quelle che rendono più estesa l'azione dei contratti, mentre lo sviluppo del diritto si è operato effettivamente in un senso e nell'altro. E se, per un verso, l'azione del contratto si è estesa a una quantità di rapporti prima esclusivamente sottoposti alle condizioni dello *status* ed è cresciuto il numero delle per-

sone che possono liberamente contrattare; per un altro verso, la norma ha sottratto all'arbitrio degl'individui una quantità infinita di altri rapporti ed ha sottoposto al suo dominio un numero grande di condizioni e di forme di attività. Sicchè, non è in questo immaginario passaggio dallo *status* al contratto, nè in genere, in una diminuzione dell'azione della norma, che noi possiamo rinvenire una delle leggi dell'evoluzione del diritto, ma in qualche cosa di ben diverso, come vedremo in seguito.

Resta dunque indubitato il fatto che il rapporto giuridico è sempre il prodotto di una combinazione dell'elemento normativo e dell'elemento volontario, cioè dell'azione della norma con quella della volontà. La volontà, da sè sola, non può generare un rapporto giuridico, perchè, senza l'azione della norma, il rapporto fra le volontà rimane rapporto di fatto. Ma neppure la norma, da sè sola, può generare un rapporto giuridico, poichè la norma suppone sempre volontà, che si muovono in un dato modo e ad esse si riferisce. Senza i voleri operanti, la norma rimane lettera morta, come sono tante leggi che non si osservano, come sarebbe una legge promulgata per una landa deserta. Onde è erroneo il credere che in un'opera conservatrice i rapporti vengano determinati dall' elemento normativo; come è erroneo il credere che in un'epoca innovatrice i rapporti siano esclusivamente dovuti all'elemento della volontà. Un regime di *status* sarebbe inconcepibile senza il concorso di voleri, che lo facciano esistere e funzionare a quel modo; come sarebbe inconcepibile un regime a base di contratto, senza le norme che regolino le stipulazioni e fissino le condizioni di capacità e di validità, al pari degli effetti giuridici, che debbono derivarne. Certo, se cresce l'attività dei voleri, cresce anche la quantità dei rapporti, ma questi rimangono sempre fuori del diritto, se non trovano ad incastrarsi negli

schemi fissati dalla norma e se nuove norme non vengono a fissare nuovi schemi ad essi appropriati. E parimenti, quando cresce la quantità delle norme, può anche crescere il numero dei rapporti, se i voleri si muovono con proporzionale attività; se invece si muovono in modo più lento, le norme rimangono in parte inattuate e i rapporti, cui avrebbero potuto dare origine non si producono o restano inerti. In entrambi i casi possono prodursi quei contrasti fra la forma e il contenuto dei quali ci siamo innanzi occupati.

CAPITOLO XIII

Le azioni degli uomini.

§ 211. — Se il rapporto giuridico è sempre una risultante della combinazione fra la volontà e la norma, è d'altra parte indubitato che la norma ne costituisce lo schema, il lato statico, mentre la volontà ne forma la parte dinamica. In quest'ultima perciò risiede la vita del rapporto. Essa si rivela per mezzo di manifestazioni esterne, in quanto mirano direttamente o indirettamente al conseguimento di effetti giuridici. Onde la distinzione fra azioni lecite e azioni illecite. Nelle azioni lecite la congiunzione fra il volere e la norma si opera, a così dire, in maniera diretta; nelle illecite si opera indirettamente, per mezzo della violazione.

Le azioni lecite, alla loro volta, possono svolgersi fra volontà cooperanti e volontà subordinate. Nel primo

caso costituiscono i negozi giuridici, i quali sono appunto gli atti di volontà cooperanti al conseguimento di effetti giuridici. Nel secondo caso costituiscono comandi rivolti alla determinazione di situazioni subbiettive, quali la sentenza del giudice, la nomina di un funzionario, ecc.

I negozi giuridici, al pari dei rapporti che essi producono, possono essere unilaterali, bilaterali e plurilaterali. Nel negozio giuridico unilaterale la volontà che agisce, determina da sè stessa la sua situazione giuridica, o quella dei propri beni, disponendo in un dato modo e senza il concorso di altre volontà, del proprio potere giuridico, come, ad esempio, chi fa testamento. Nel negozio bilaterale si trovano di fronte due volontà o gruppi di volontà rivolte a determinare o a modificare un rapporto per mezzo di uno scambio di poteri giuridici. Nel negozio plurilaterale o negozio accordo, finalmente, due o più volontà, mosse da scopi comuni, fondono i loro poteri per la produzione di un dato effetto o per la formazione di un nuovo potere giuridico, come quando i componenti di un organo collegiale prendono una deliberazione, o più soggetti si congiungono per costituire un nuovo ente.

A queste tre categorie di negozi giuridici potremmo aggiungerne una quarta, che trova ampia applicazione nel diritto amministrativo, quella cioè dei *negozi* o *atti complessi*, che andrebbero forse meglio chiamati *composti* (il *Gesammtkat* dei tedeschi), nei quali i voleri che concorrono alla determinazione del rapporto sono in posizione più o meno subordinata, o pure in genere, diversa, secondo il modo e le condizioni, con le quali si verifica il concorso; quantunque questo sia egualmente necessario per la produzione del negozio. Ma ancora la terminologia è incerta a tal riguardo e l'elaborazione scientifica non è giunta a risultati concordi.

§ 212. — Occorre insistere nelle differenze fra queste categorie di negozi giuridici.

La differenza fra il negozio unilaterale e quello bilaterale non presenta gravi difficoltà, sia perchè ben marcata, sia perchè da lungo tempo riconosciuta, onde è entrata nelle nostre abitudini mentali. Nel negozio unilaterale abbiamo l'azione di un soggetto che vuole modificare il proprio potere giuridico, senza il concorso di altri voleri. Ci potremmo solo domandare perchè la norma accorda al soggetto questa facoltà e fino a che punto Ma la risposta è facile. Il potere giuridico viene accordato al soggetto per rendergli possibile di soddisfare le proprie esigenze, per raggiungere gli scopi della vita; egli deve avere la facoltà di muoverlo in armonia con essi e con criterii propri, essendo il migliore giudice delle proprie esigenze e dei mezzi più atti a soddisfarle. La norma certamente pone un limite all'esercizio di questo potere, per evitare gli abusi a danno altrui e anche a danno proprio e per assicurare ad esso la necessaria garanzia. La disposizione del potere giuridico non potrebbe infatti esser garantita, senza una serie di prescrizioni, che valgano a precisarne il carattere, l'estensione, l'uso, le formalità da seguire, perchè gli atti acquistino rilevanza giuridica.

Donde proviene la forza obbligatoria del negozio unilaterale? Da due sorgenti. Prima di tutto abbiamo la forza morale dell'atto, che s'impone al volere quale obbiettivazione del volere stesso. Questa forza viene rinvigorita da una quantità di elementi sociali e personali, come la pressione dell'opinione pubblica, il sentimento di onore, l'interesse dell'agente, ecc. Ma tutte queste forze non potrebbero determinare l'obbligatorietà giuridica. Essa proviene soltanto dalla norma giuridica, la quale autorizza gli atti di questo genere e li rende giuridicamente obbligatori. Essa peraltro, pur accordando la facoltà di disporre del proprio potere giuridico, non accorda poi (almeno nei nostri paesi civili) la facoltà di distruggere la disponibilità stessa del potere, cioè di

annientarsi quale soggetto. Il soggetto del resto, non può giuridicamente distruggersi, perchè non esiste, come abbiamo detto, un diritto sulla propria persona.

§ 213. — Nei negozi bilaterali abbiamo un vero scambio di poteri giuridici, per cui un soggetto cede o limita un suo potere giuridico su qualche cosa od a qualche cosa, per ricevere, in contraccambio, altri poteri giuridici. Potrebbe anche dirsi che esso sia scambio di utilità, ma una tale indicazione implicherebbe un riferimento al contenuto e non terrebbe conto del vero carattere giuridico dell'atto. Lo scambio di utilità infatti non potrebbe produrre effetti giuridici, se non potesse metter capo ad uno scambio di poteri.

Anche qui potrebbe domandarsi perchè la norma riconosce e tutela uno scambio e come esso si renda obbligatorio. E anche qui la risposta è facile: la norma lo riconosce e lo tutela, perchè esso costituisce una necessità imprescindibile della vita sociale e della vita economica; gli uomini non potrebbero coesistere e tanto meno cooperare senza un continuo scambio di utilità. La norma, che regola le condizioni indispensabili di coesistenza e di cooperazione, deve rendere tali scambi possibili, autorizzando lo scambio dei poteri.

La forza obbligatoria del negozio deriva anche in tal caso, prima di tutto, dall'azione di forze morali e sociali. Le volontà che stipulano il negozio si legano le une con le altre per mezzo delle rispettive dichiarazioni. L'incontro di tali dichiarazioni costituisce il consenso. Il consenso è quindi una forma obiettivata di volere, in cui volontà distinte s'incontrano e si legano le une con le altre, subordinandosi reciprocamente. Ciascuna delle parti sente allora di non poter più disporre del proprio potere in modo diverso da quello pattuito. E ad accrescere la forza obbligatoria del negozio agiscono tutti quegli elementi di giustizia, di utilità, di opportunità e tutti quei sentimenti, che

operano più o meno non sempre nel dominio del diritto.

Ma l'azione di queste forze può determinare necessità psichiche o economiche, obblighi morali, non veri obblighi giuridici. L'obbligo non può assumere veste giuridica, finchè quella congiunzione di voleri non trova nella norma di diritto il suo pieno riconoscimento e la sua tutela. Onde il negozio bilaterale diventa vera legge per le parti, solo in quanto la norma di diritto lo rende giuridicamente obbligatorio; in quanto cioè esso trova negli schemi generici fissati dalla norma il posto per collocarvisi e per farsi valere, con la forza che questa soltanto possiede e può dispiegare.

§ 214. — Più delicata è invece (come notammo a proposito dei rapporti giuridici) la distinzione fra il negozio bilaterale e quello che potrebbe chiamarsi normativo, o patto normativo o accordo (la *Vereinbarung* dei tedeschi); tanto che, fino a questi ultimi tempi, una tale distinzione non era stata fatta (1) e anche oggi le opinioni a tal riguardo rimangono ancora divise. Tale differenza infatti non è forse molto grande in quelle parti del diritto in cui questo ha raggiunto un grande sviluppo; ma è certo considerevole in quelle parti, in cui è ancora in formazione e per cui la sua compagine formale non è definitivamente fissata. In tutti i casi rimane sempre l'importanza teorica e scientifica della distinzione, che è quella per noi più interessa.

Il negozio bilaterale differisce dal negozio normativo sopra tutto in questo, che, mentre il primo implica uno scambio o un passaggio di poteri giuridici fra due sog-

(1) In Germania ne diede un primo accenno il Gierke, poi venne mano mano svolta dal Bergbohm, dal Binding, dal Jellinek, dal Triepel, ecc. In Italia vi accennai io fin dal 1889 a proposito dei trattati internazionali (vedi *Filosofia del diritto internazionale*, pag. 262 e seg.); ma fu svolta ampiamente da Anzilotti sulla scorta delle dottrine tedesche nel 1902. Vennero indi gli scritti del Cavaglieri, del Borsi, del Donati, ecc.

getti o gruppi di soggetti; il negozio normativo risulta invece da un fusione di poteri giuridici, avvenuta in maniera da produrre un potere giuridico nuovo o una vera norma regolatrice dei rapporti fra i medesimi soggetti, che lo costituiscono o l'accettano. Abbiamo quindi nuove formazioni giuridiche di carattere subbiettivo od obbiettivo.

Sono di carattere subbiettivo quando i singoli soggetti fondono i loro poteri per far sorgere un nuovo soggetto di diritto, come, ad esempio, quando costituiscono una corporazione. Sono di carattere obbiettivo quando essi s'impongono una norma per regolare d'ora in poi i loro rapporti reciproci o i loro rapporti di fronte ai terzi; come quando un corpo deliberante prende una risoluzione o più Stati fissano nuovi principî di diritto internazionale. I due modi possono coincidere o concorrere, in quanto i soggetti che creano un soggetto nuovo o nuove forme di ordinamento, creano anche nuovi poteri e nuovi obblighi, sia per quel soggetto, sia per gl'individui che devono far funzionare od osservare quell'ordinamento. Una formazione giuridica obbiettiva non può determinarsi senza far sorgere situazioni subbiettive e queste, alla loro volta, suppungono sempre formazioni obbiettive che le riconoscano e conferiscano loro forza giuridica. Ma l'uno o l'altro momento può acquistare un maggior rilievo nel negozio normativo, conferendo ad esso la sua speciale impronta.

In questa categoria di negozî abbiamo dunque, qualcosa, di più del semplice fatto, del semplice negozio bilaterale, perchè vi è la formazione di elementi giuridici nuovi. Onde non si tratta più di un semplice scambio o spostamento di poteri, ma si tratta della formazione di norme e di poteri nuovi. Senza dubbio, tali norme e tali poteri non acquistano forza giuridica se non in quanto trovano a collocarsi nel diritto obbiettivo preesistente; ma essi appariscono più quali

aggiunzioni, che quali sviluppi di questo. Lasciando stare che in quei dominî, nei quali il diritto è ancora in formazione o allorchè i rapporti si svolgono fra poteri sovrani, tali atti possono acquistare direttamente valore giuridico. Per esempio, nel diritto internazionale il patto normativo tende a diventare la fonte prevalente delle norme giuridiche.

Così, vediamo delinearsi nettamente le differenze fra le due specie di negozî. Nel bilaterale abbiamo un incrocio di volontà, mosse da scopi e da interessi diversi, le quali tendono, in certo modo, a sopraffarsi reciprocamente. E quantunque finiscano per accordarsi sopra un dato oggetto, pure ognuna mira a questo da un suo speciale punto di vista. Onde in questi negozî appariscono sempre due parti, qualunque sia il numero delle persone che vi partecipano. Esse stanno l'una di fronte all'altra come in due campi avversari, intente a trovare il punto, in cui devono incontrarsi e ognuna si sforza di portare questo punto, più che sia possibile, ben addentro nel dominio dell'altra. Nel negozio normativo abbiamo invece un insieme di volontà, che vogliono collegarsi e in certo modo fondersi, per mezzo di una serie di atti volitivi rivolti al conseguimento del medesimo scopo. Non vi sono quindi parti contrapposte e il numero delle parti non può essere limitato. Esse non vogliono illudersi reciprocemente, ma vogliono congiungere i loro sforzi per il raggiungimento di uno scopo comune. Il negozio rimane, in certe modo, aperto a tutti quelli che vogliono accedervi, onde la primitiva formazione può costituire come il nucleo di tutto un vasto concorso di voleri; come quando ad una piccola federazione di Stati, si congiungono gradatamente altri Stati, in modo da costituire una vasta federazione, o ad un trattato internazionale accedono successivamente un numero di altri Stati.

Le differenze si rivelano anche nella durata del ne-

gozio e nel carattere degli effetti giuridici che ne derivano. Infatti, mentre il negozio bilaterale si esaurisce, a così dire, non appena concluso; il negozio normativo può avere una durata indefinita, poichè una formazione nuova comincia con esso ad avere esistenza. Nel negozio bilaterale le parti congiungono le loro volontà per poi separarsi di nuovo, la congiunzione dei voleri è un fatto puramente precario, avendo di mira soltanto uno scambio di poteri e si esaurisce dopo raggiunto un tale intento. Solo gli effetti sono duraturi, poichè nessuno può più riprendere arbitrariamente i poteri ceduti. Nel negozio normativo invece l'accordo dei voleri è persistente, poichè questa persistenza costituisce appunto la sua ragione di essere, gli assicura il raggiungimento degli scopi in vista dei quali si costituisce.

§ 215. — Alcuni giuristi non sono disposti a riconoscere una vera differenza fra queste due specie di negozî, poichè (essi dicono) tanto gli uni che gli altri si stipulano nel modo medesimo e su per giù con le medesime formalità. Vi può essere solo una differenza nel contenuto, ma questo non si riflette sul lato formale, tanto è vero che un medesimo negozio, quale, ad esempio, un trattato internazionale, può contenere clausole che sono veri contratti accanto a clausole, che hanno il carattere dell'accordo.

Se non che non si pensa che è appunto la differenza del contenuto formale (da non confondersi, come sappiamo, con quello materiale) che qui costituisce la distinzione fra le due specie di negozî. In un caso abbiamo infatti un semplice scambio di poteri, mentre nell'altro si tratta di un concorso di voleri, che mirano costantemente al raggiungimento di uno scopo comune. E se i due negozî si concludono con le medesime formalità, ciò non significa che non siano essenzialmente diversi. L'adozione di formalità identiche può anche es-

sere conseguenza della imperfezione del diritto in alcune sue parti. Ma già nel diritto interno una differenza può scorgersi anche in queste formalità, poichè quivi per i negozî normativi occorrono spesso autorizzazioni, omologazioni, approvazioni, riconoscimenti, ecc., o pure occorrono certe maggiori solennità, con intervento di autorità determinate.

Ad ogni modo non è poi sempre da questo lato che bisogna cercare le differenze; si sa che i negozî, di qualunque genere essi siano, sono sempre dei prodotti del volere, implicano perciò manifestazioni di volontà, forme di consenso. Quel che importa è il carattere, la portata, che assume l'atto di consenso, il contenuto formale che racchiude. Ed è sotto questo aspetto, come ho notato, che le differenze si rivelano.

§ 216. — Più importante è per noi il problema dell'obbligatorietà del negozio normativo, perchè, come abbiamo detto, in questo caso si tratta di nuove formazioni giuridiche. Non ostante la sua importanza, questo problema non è stato molto approfondito.

Dopo ciò che osservammo precedentemente, la soluzione non può riuscire per noi molto difficile. Le cause generali e remote che contribuiscono a determinare l'obbligatorietà dell'accordo sono, anche qui, le medesime che operano per le altre specie di negozî, quindi il complesso delle forze sociali e morali, che costringono a mantenere l'impegno preso. Ma qui vi è qualche cosa di più, vi è cioè una fusione, una combinazione di voleri, o meglio, di atti volitivi, che opera sulle coscienze, con l'energia accumulata di tutti i processi interni, che in ciascuna coscienza hanno prodotto la determinazione, unita, a quella di tutte le altre coscienze che hanno concorso a provocarla. Le coscienze che pensano e sentono all'unisono si rinforzano reciprocamente e sono indotte a credere che quel modo di pensare e di sentire non sia più un prodotto esclusivo della co-

scienza di ciascuno, che si alimenti con le proprie forze spirituali; ma qualcosa che in certo modo esista fuori di essa, qualcosa di obbiettivo e d'indiscutibile, che va accettato ed obbedito senza discussione. Il fenomeno della obbiettivazione, proprio di ogni processo del volere, raggiunge qui una intensità straordinaria, perchè trova alimento continuo nel concorso di altre coscienze, nella comunanza degl'interessi, degli scopi, dei sentimenti, che li accompagnano; per cui nasce il convincimento, la credenza, che i diversi voleri fusi in una volontà comune, in un comune atto di volere, non siano più, in fondo, singoli atti di volere, ma costituiscano una specie di volontà superiore, alla quale i singoli voleri debbano d'ora in poi assoggettarsi.

Questa volontà comune per tal modo apparisce quale una volontà autorevole e superiore alle singole volontà, che hanno contribuito a determinarla; ma non è poi qualche cosa che esista effettivamente e indipendentemente dai singoli voleri. Ciò peraltro non toglie che le singole coscienze vedano al di sopra di esse una norma, quanto si presuppone che dietro di esso vi sia un volere, che si afferma in un dato modo e sia in grado di farsi valere legittimamente.

Nella prescrizione è invece l'elemento del tempo che opera la sua azione demolitrice o costruttrice nel dominio del diritto, come in tutte le cose umane e naturali. Propriamente, non è il tempo per sè stesso che produce tali conseguenze, ma è l'accumularsi di certi fatti col decorrere del tempo. Poichè, col volger del tempo, una quantità di ricordi si obliterano, certi rapporti s'indeboliscono e cessano di ripetersi; mentre altri a poco a poco ne sorgono e si consolidano. Chi, ad esempio, ha per lungo tempo esercitato un dato diritto, ha per ciò solo fatto sorgere negli altri il convincimento di un legittimo possesso, cancellando dalla memoria il ricordo del diritto altrui; mentre il non esercizio fa

nascere il convincimento dell'abbandono del proprio diritto.

La prescrizione, sotto tutti i suoi aspetti, è in genere fondata sulla legge della memoria e sull'azione che questa esercita nella formazione dei convincimenti. Gli spostamenti che si producono nella memoria a causa dell'uso costantemente ripetuto di certi diritti, del non uso costante di certi altri, rendono spesso impossibile la determinazione di vecchi rapporti, distruggono gli effetti di certi atti e quindi anche i sentimenti, che provocarono; mentre fanno sorgere presunzioni, convincimenti intorno a un nuovo stato di diritto, dal quale oramai dipende l'ordine attuale. Questi effetti vengono poi in vario senso interpretati e danno origine ad applicazioni diverse nelle legislazioni positive con la solita scorta dei criterî di giustizia, di utilità, di opportunità innanzi indicati.

Anche nella prescrizione peraltro l'elemento della volontà rappresenta una parte notevole, poichè esso sta sempre a base delle presunzioni, delle ipotesi, dei convincimenti, sui quali. in ultima analisi, la norma si fonda. Così, la prescrizione estintiva si basa sulla presunzione che una volontà abbia implicitamente rinunziato al proprio diritto; mentre nell'acquisitiva vi è l'implicito riconoscimento di una volontà operosa, che agisce sotto il convincimento di usare di un diritto proprio. La prescrizione dell'azione implica invece la rinunzia da parte della volontà dello Stato a proteggere un diritto, che le persone interessate, o anche gli stessi organi del potere, non hanno fatto valere a tempo debito. Finalmente, nella prescrizione della condanna, lo Stato rinunzia all'applicazione della sanzione, reputandola, dopo un certo decorso di tempo, inutile, o inopportuno, o anche ingiusta.

L'elemento della volontà viene adunque in diverso modo contemplato e regolato, ed è, in fondo, sempre

dalla combinazione di esso con le disposizioni della norma, che scaturiscono le situazioni subbiettive e i rapporti giuridici.

CAPITOLO XIV

Azioni fra soggetti disuguali.

SOMMARIO. — 217. L'atto amministrativo e la sentenza. — 218. Analogie e differenze.

§ 217. — Gli atti fra soggetti disuguali sono quelli delle autorità, degli organi diretti o indiretti del potere statuale, con cui s'impone ai sudditi una situazione subbiettiva in armonia con l'ordinamento giuridico esistente. Gli organi del potere possono agire in due maniere ad attuare e a fare velere tale ordinamento: o per mezzo di provvedimenti intesi a governare e ad amministrare la cosa pubblica; o per mèzzo di sentenze rivolte ad interpretare, a dichiarare il diritto e ad applicarlo ai singoli casi.

Il provvedimento costituisce l'atto di governo in genere, o in ispecie, l'atto amministrativo, che è l'atto col quale si determinano situazioni subbiettive permanenti o precarie, di alcuni individui, sia di fronte ad altri individui, sia di fronte agli organi del potere. Da questi atti discendono rapporti giuridici di vario genere con i loro rispettivi poteri ed obblighi. Così, la nomina di un funzionario, fa sorgere una quantità di rapporti fra il funzionario e gli organi del potere, come anche fra il funzionario e i cittadini.

L'atto amministrativo non deve poi confondersi col regolamento, che è vera norma, quantunque di carat-

tere più specifico e di portata più circoscritta e per conseguenza è rivolto a specificare e a concretare le situazioni obbiettive create dalle norme principali.

La sentenza è invece il modo caratteristico con cui si esplica l'attività degli organi giudicanti ed è il pronunciato rivolto a dichiarare il diritto controverso, a constatare le condizioni di fatto, cui il diritto va applicato, a comminare le sanzioni appropriate ai violatori della norma, onde costituisce essenzialmente un elemento motore ed attivo nella vita del diritto. Infatti, qualunque sia il suo contenuto, essa determina sempre situazioni subbiettive rispetto a quel caso singolo e quindi ai soggetti, cui direttamente o indirettamente si riferisce, facendo sorgere fra di essi rapporti nuovi, o trasformando, o precisando quelli esistenti. Cosicchè, nuove fattispecie, nuove combinazioni di rapporti vengono, per mezzo di esso, a collocarsi nella compagine formale dell'ordinamento giuridico e si subordinano, in vario modo, ai casi tipici fissati dalle norme. Il giudice mette continuamente in armonia il diritto obbiettivo con le esigenze della vita e determina perciò le situazioni subbiettive e i rapporti giuridici ad esse appropriate.

Ma la sentenza può venir considerata da due diversi punti di vista. Sotto il primo aspetto, che è quello di cui ci siamo occupati, parlando delle fonti, essa tende a generalizzarsi e ad assurgere alla formazione di un nuovo caso tipico; sotto il secondo, essa considera invece il caso singolo quale un fatto per sè stante, distinto e differente da tutti gli altri casi, peraltro può ricondursi sotto le generiche disposizioni delle norme. Sotto il primo aspetto essa tende quindi a creare un nuovo diritto obbiettivo e può riuscirvi, fino a un certo punto e in date condizioni; sotto il secondo, si limita a una semplice specificazione del diritto subbiettivo delle parti.

§ 218. — Sicchè, tanto del funzionamento degli organi governanti, quanto in quello degli organi giudicanti, possiamo osservare due diverse forme di attività; con l'una, essi collaborano alla formazione del diritto obbiettivo; con l'altra, alla determinazione di situazioni subbiettive e quindi di rapporti giuridici ad esse corrispondenti.

Questo si comprende pienamente per gli organi governanti, poichè, chi governa non può limitarsi ad attuare la norma, ad eseguire nello stretto senso della parola, egli deve anche comandare, disporre in modo generico, quantunque entro certi limiti, pèr provvedere al conseguimento dei fini dello Stato. La sua azione in questo senso si rende tanto più necessaria, quanto più complessa diventa l'esistenza dello Stato e più numerose diventano le esigenze, cui esso deve provvedere.

Ma questo si comprende anche, almeno fino a un certo punto, per gli organi giudicanti. Teoricamente, chi amministra la giustizia non dovrebbe far altra cosa che applicare la legge; ma, come sappiamo, per applicare la norma occorre interpretarla, e non è possibile che chi interpreta non apporti un contributo proprio, a causa delle categorie empiriche, sulle quali la norma si fonda e sotto la pressione delle esigenze nuove, che mano mano si presentano. E l'interpretazione può, alla sua volta fissarsi e generalizzarsi in forza delle cause, che abbiamo altrove esaminato.

La duplice categoria di funzioni si comprende nella duplice categoria di organi. Esse non possono confondersi, perchè le une conducono al diritto obbiettivo, le altre alle situazioni subbiettive e ai rapporti giuridici; ma, se non possono confondersi, è indubitato che si completano l'una con l'altra rispetto a ciascuna categoria di organi. Tanto chi governa, quanto chi amministra la giustizia, passa continuamente, ora dal generale al particolare, ora dal particolare al generale: la

norma, per un verso, suppone il provvedimento, che la renda attuosa, ma il provvedimento suppone la norma, che lo legalizzi; per un altro verso, la norma suppone la sentenza che la applichi ai rapporti della vita; ma la sentenza suppone la norma, alla quale soltanto può attingere la sua forza giuridica.

Peraltro queste due funzioni si differenziano e si completano in maniera diversa nelle due categorie di organi. Esse rimangono sempre distinte in seno degli organi governanti, e per quanto è possibile, si esplicano anche per mezzo di diverse formalità. Gli organi governanti assumono in certo modo una veste diversa allorchè disciplinano la loro azione col regolamento, o allorchè procedono ad un semplice atto amministrativo. Negli organi giudicanti invece la cosa accade in maniera diversa, perchè le due funzioni si compenetrano e s'intrecciano. La medesima sentenza che determina specifiche situazioni di diritto subbiettivo, può a poco a poco assorgere a norma. Stante la connessione intima tra il diritto subbiettivo e il diritto obbiettivo, ogni modificazione in seno di quello tende a ripercuotersi in seno di questo, quantunque poi non sempre ciò si verifichi.

Sicchè il regolamento opera in maniera diretta, con l'intento espresso di creare una nuova norma. In genere, anche il regolamento si basa sopra una interpretazione, allorchè non è espressamente autorizzato, ma l'interpretazione in questo caso viene fatta con uno scopo diverso e cioè con lo scopo di determinare la regola e non una data situazione subbiettiva. Onde, mentre negli organi governanti la distinzione assume veste formale, negli organi giudicanti rimane sempre una distinzione di fatto, cioè non formalmente autorizzata. Se non che, anche per gli organi governanti, l'interpretazione che sta a base del singolo provvedimento, può indirettamente e per via di fatto, condurre alla

formazione di una nuova regola. Vi è cioè anche una giurisprudènza amministrativa, come vi è una giurisprudenza giudiziaria; mentre questa scaturisce dai giudicati conformi, quella scaturisce dagli atti amministrativi conformi. E questa, al pari di quella, può generare un nuovo diritto, un diritto praticato, se non formale, ma che prepara le trasformazioni del diritto formale.

Sicchè abbiamo sempre, nel funzionamento degli organi del potere, una serie di passaggi graduali della genesi della situazione subbiettiva alla genesi della norma, e viceversa. Questi passaggi riflettono la realtà, la connessione che sempre intercede fra il rapporto e la regola. La vita del diritto si svolge sempre fra l'atto singolo e la norma e noi possiamo separarli, solo fino a un certo punto, se non vogliamo fraintenderli.

CAPITOLO XV

Le azioni illecite.

SOMMARIO. — 219. Natura di esse. — 220. In che modo generino nuovi rapporti.

§ 219. — L'azione illecita è un'azione contraria alla norma e quindi ai suoi scopi, è una violazione di essa; come tale, provoca le sanzioni determinate per garantirne l'osservanza. In questo senso si può dire che l'azione illecita è un atto che cade sotto gl'imperativi che comminano le sanzioni. Così avviene che, pur violando il diritto, rimane sempre entro i suoi confini. Se ciò non accadesse, il diritto rimarrebbe disarmato e impotente di fronte alla violazione. Questa ha quindi per effetto di provocare l'entrata in vigore di nuovi

imperativi, i quali sono ordini rivolti alle autorità per intervenire in un dato modo, sia d'ufficio, sia per invito delle parti interessate, a fine di eliminare o riparare possibilmente gli effetti della violazione, o per infliggere una sofferenza al violatore. Implicitamente essi contengono anche una tacita rivocazione degl'imperativi, che garantiscono i fatti leciti. Per esempio, colui che ruba provoca l'azione di norme, che prima rimanevano inoperose di fronte a lui, cioè le norme che impongono agli agenti della forza pubblica d'intervenire per impossessarsi della sua persona ed ordinano a certe autorità d'iniziare un procedimento penale contro di lui. Tali norme contengono anche la revoca implicita di parecchie di quelle norme che tutelano la libertà e la proprietà del violatore.

§ 220. — Da ciò si comprende come le azioni illecite possano generare nuovi rapporti. Violando la norma, esse turbano un dato assetto di rapporti giuridici, quelli cioè che discendono dalle norme regolatrici dei fatti leciti e ne fanno sorgere altri, determinati dalla necessità della sanzione. Questa infatti dà origine a nuove situazioni subbiettive, in forza delle quali alcuni acquistano il diritto di richiedere la pena o l'indennizzo e altri si trovano nell'obbligo di sopportare la prima o di fornire il secondo. La sanzione vuole ristabilire l'equilibrio turbato dall'atto illecito, riparare possibilmente ai danni da esso prodotti, soddisfare gl'interessi lesi e anche prevenire possibilmente la riproduzione di un atto consimile. E tutto questo non può ottenersi se non con la determinazione di nuove situazioni subbiettive e quindi di altri rapporti, che si aggiungono o si sostituiscono a quelli precedenti. Onde, gli atti che non si muovono in armonia della norma, che regola i fatti leciti, sono costretti a muoversi in armonia con la norma che regola quelli illeciti, e il rapporto giuridico, in fondo, risulta sempre dal concorso della norma con le azioni degli uomini.

Ritornando all'esempio del furto, un nuovo rapporto, anzi uno serie di nuovi rapporti vengono provocati da quell'atto illecito e cioè rapporti fra il derubato e il ladro, fra gli organi del potere e ciascuno pei due. Il derubato ha il diritto (e anche l'obbligo) di domandare l'intervento degli organi del potere; questi hanno parimenti l'obbligo e il diritto d'intervenire per applicare la sanzione al colpevole; il derubato ha inoltre il diritto di pretendere da questi la restituzione o l'indennizzo. Il colpevole ha, alla sua volta, l'obbligo di sottostare alla pena ed a quelle restrizioni del suo patrimonio che valgano a procurare l'indennizzo; ma ha anche il diritto di essere punito e costretto a riparare il danno solo entro i limiti fissati dalla legge e con le forme da essa stabilite. Ecco quanti rapporti nuovi possono scaturire da un atto illecito e qui ci limitiamo ad indicarli solo sommariamente, in forma schematica, poichè nel fatto sono poi infinite le situazioni subbiettive specifiche e i rapporti che possono generarsi, dal momento in cui l'atto illecito è stato commesso fino al momento in cui sono esauriti tutti gli effetti giuridici che ne derivano.

CAPITOLO XVI

Gli eventi naturali.

Sommario. — **221.** Le vicende del soggetto. — **222.** Le vicende del patrimonio. — **223.** Il possesso e la prescrizione.

§ 221. — Le situazioni subbiettive e quindi i rapporti giuridici possono essere determinati anche da certi eventi naturali, da certe condizioni di fatto che si pro-

ducono, fino a un certo punto, indipendentemente dalla volontà umana, e ai quali la norma conferisce valore giuridico, sia per un riferimento che essi possono avere con le stesse determinazioni del volere, sia per ragioni di giustizia, di utilità sociale o di opportunità. In questi casi il rapporto apparisce direttamente generato dalla combinazione del disposto della norma con gli eventi o con i fatti, che essa prende in considerazione per i suoi scopi regolatori. L'azione delle singole volontà rimane nell'ombra o si eclissa del tutto; l'elemento della necessità acquista invece un notevole rilievo. Ciò non significa che l'elemento della volontà rimanga del tutto escluso, ma che piuttosto varia il momento e il modo del suo intervento e la maniera come viene considerato.

I fatti di questa categoria possono disporsi in diversi gruppi. Nel primo gruppo si possono collocare tutti gli eventi che si riferiscono alla esistenza e allo sviluppo del soggetto stesso del diritto, allorchè si tratta di persona fisica, quali la nascita, la minorità, la maggiorità, lo stato psichico, infine, la morte. Con la nascita viene al mondo un nuovo soggetto e perciò si costituiscono e sorgono una quantità di rapporti circa la tutela della sua persona e delle sue sostanze; mentre con la maggiorità questi rapporti si estinguono ed altri infiniti se ne determinano in conseguenza dell'attività autonoma del soggetto. Con la morte il soggetto cessa di esistere e vengono meno una quantità di rapporti commessi con la sua esistenza e altri nuovi possono sorgere fondati sulle disposizioni delle sue volontà, mentre egli era in vita o sulle disposizioni della norma attinenti al suo patrimonio.

In tutti questi fatti abbiamo peraltro un riferimento indiretto all'elemento della volontà, poichè essi costituiscono i diversi stadî della formazione, della maturità, della dissoluzione del volere e producono perciò i loro diversi effetti giuridici a causa degli spostamenti

che nel potere giuridico si verificano in conseguenza dei mutamenti che si determinano in quell'elemento.

§ 222. — Un altro gruppo di eventi si riferisce alle vicende cui può andar soggetto il patrimonio e che quindi ne accrescono o ne modificano in vario senso l'entità, quali, ad esempio, la nascita o la fruttificazione, i parti degli animali, i casi di avulsione, di alluvione, di alveo deserto, in genere tutti quei casi di forza maggiore che accrescono o distruggono il patrimonio.

Il patrimonio ha, in certo qual modo, una vita propria, che si svolge, fino a un certo punto, in maniera indipendente dalla volontà degli uomini e in base alle leggi naturali, che dominano nel mondo esterno. E questa vita non è soltanto una esistenza di fatto, è anche esistenza giuridica, in quanto la norma la regola, e perciò produce spostamenti nelle situazioni subbiettive e nei rapporti, modificando direttamente o indirettamente la sfera d'attività dei voleri.

§ 223. — Abbiamo finalmente una categoria speciale di fatti che acquistano valore giuridico in forza di speciali esigenze, quali sono la certezza e sicurezza dei diritti, la necessità della pace sociale, ecc. Queste considerazioni acquistano speciale valore a causa della limitazione delle nostre facoltà e dei nostri mezzi di accertamento, che non ci permettono sempre di conoscere e di seguire tutte le possibili connessioni o i possibili spostamenti delle cose e dei rapporti umani; e a causa anche del fatto che il diritto non può a preferenza fondarsi che sugli indizî esterni, facilmente accertabili. In base a queste considerazioni sono sorti due istituti caratteristici: il possesso e la prescrizione.

Nel possesso uno stato di fatto viene protetto dal diritto fino a che la sua illegittimità non venga formalmente provata. Abbiamo, in tal caso, l'affermazione di una volontà sopra una data cosa, il godimento di un diritto, che la norma riconosce nella ipotesi che questi

fatti siano in conformità delle sue disposizioni. E questo ipotesi vale fino a prova contraria. Se non si ammettesse un tale principio, non solo nessuno stato di fatto, ma anche nessuno stato di diritto, sarebbe al sicuro e ognuno potrebbe essere arbitrariamente e ad ogni istante, spogliato delle sue cose, impedito nell'esercizio dei proprî diritti, non vi sarebbe cioè quella sicurezza di rapporti, che è la prima condizione di ogni stabile ordinamento. Il possesso è una conseguenza del carattere empirico e limitato del diritto quale disciplina di rapporti esterni, e in questo senso è un fatto comune ad ogni ordinamento giuridico.

Nel possesso poi l'elemento della volontà acquista maggior rilievo che nei casi precedenti, poichè è in fondo per opera di questa che lo stato di fatto acquista valore giuridico. Lo stato di fatto viene protetto in un comando, che s'impone a ciascuno come qualche cosa di estraneo, di obbiettivato, di autorevole, che ormai si sottrae all'arbitrio delle parti e vuole essere senz'altro obbedito. Ma esse lo vedono, più per effetto di una credenza, anzi che per effetto di un ragionamento vero e proprio, perchè lo sentono e lo accettano ciecamente più che non possano dimostrarlo. Il volere risultante di questa fusione assume perciò tutta la forza suggestiva, tutta la potenza espansiva e il fascino di una credenza, per cui si rende autorevole, non soltanto di fronte a coloro, che hanno contribuito a determinarlo, ma anche di fronte agli estranei. Ha per tal modo una forza obbligatoria tutta propria, che la norma giuridica può accrescere, ma non fa sorgere; una forza che può imporsi alla stessa norma e può permettere alla nuova produzione di collocarsi, in molti casi, *accanto* alle norme esistenti, anzi che sotto il dominio di esse, diventando così una nuova fonte. Ad ogni modo, essa esce dal dominio del diritto subbiettivo e del negozio propriamente detto e, per sua natura, tende ad entrare

nell'ordine giuridico, più per provocare trasformazioni e nuove forme di ordinamento, anzi che per adagiarvisi e riceverne forza obbligatoria.

Si capisce che tale tendenza è meno marcata in quelle parti, in cui l'elemento formale si è pienamente affermato e il diritto ha raggiunto maggiore sviluppo; mentre assume la massima importanza in quei dominî in cui il diritto è ancora in formazione (1).

(1) Qui riassumiano brevemente, ciò che abbiamo dimestrato precedentemente del § 34 del cap. IV della parte I. Soltanto dobbiamo aggiungere che non ostante, che questo patto-accordo abbia valore di norma (e su ciò non vi è dubbio, dopo ciò, che abbiamo detto nel testo e nel paragrafo citato); con questo accordo non si può risolvere il problema della esistenza del diritto internazionale. Perchè questo patto suppone un accordo di volontà degli Stati. E perciò non può valere per gli altri Stati, che non hanno preso parte all'accordo. Quindi sorgerebbe un diritto internazionale, in senso ristretto che non è diritto internazionale nel vero senso della parola. La soluzione del problema l'abbiano indicata poi in un articolo sulla *Rivista di diritto internazionale,* intitolato: *Il problema del Riconoscimento nel dominio del diritto internazionale* (Vedi fasc. 2.°, anno 1927).

PARTE VI

LE TEORIE DELLA VOLONTÀ E DELLA RESPONSABILITÀ

CAPITOLO I

Modo come si presenta il problema della volontà.

SOMMARIO. — 224. Unità del volere. — 225. Cause che possono determinare la scissione.

§ 224. — Se l'elemento della volontà è tanta parte della vita del diritto, è evidente che due problemi si impongano a proposito di esso e cioè, prima di tutto: quale è la volontà che acquista rilevanza giuridica, la volontà effettiva o quella che apparisce dalla dichiarazione? In secondo luogo: fino a che punto si può affermare che la volontà operante debba rispondere del proprio operato? Della prima ricerca si occupa la teoria della volontà, della seconda quella della responsabilità.

Il problema della volontà è di capitale importanza, come risulta da tutto ciò che abbiamo detto finora; ma per noi non è propriamente un problema psicologico, quantunque trovi nella psicologia il suo punto di partenza e la sua spiegazione ultima; è invece un problema giuridico, poichè per noi si tratta solo di conoscere

quale sia la volontà capace di produrre effetti giuridici, se la volontà interna o la volontà esternamente manifestata. Non vi è dubbio che, teoricamente, la volontà è un tutt'uno e non vi può essere una volontà interna diversa dalla volontà espressa, o come dicono i giuristi, dichiarata. Una volontà interna è un'astrazione, poichè la volontà, per sua natura, tende all'atto esterno e con questo si afferma, si alimenta e si rinforza; per mezzo di esso si fa valere quale volontà. Ma anche l'atto, in quanto atto cosciente rivolto al conseguimento di un dato fine, non si può concepire senza una volontà; esso esiste solo in quanto esprime una volontà ed è parte di essa.

Noi quindi non possiamo isolare un lato interno e un lato esterno della volontà quali due elementi distinti; ma dobbiamo vedere in questi due lati solo i due aspetti di un fenomeno unico nella sua essenza, i due elementi di una sola sintesi. Quando parliamo della volontà dobbiamo perciò abbracciare, tanto il lato interno, quanto il lato esteriore; tanto la risoluzione dell'atto, quanto la sua estrinsecazione nel mondo esteriore. Certo, nel campo del diritto, la volontà non può entrare, se non per la sua espressione esterna, poichè il diritto si svolge nella sfera dei rapporti esteriori; ma, d'altra parte, è indubitato che questa esterna espressione non può aver valore per sè stessa, ma solo in quanto rivela un interno volere.

§ 225. — Ma se teoricamente la volontà è un tutt'uno, nel fatto può accadere che il fenomeno si scinda e quei due aspetti non armonizzino. Si può allora avere una espressione esterna del volere, che non corrisponda a un volere effettivo, o un volere effettivo che non trovi ad esprimersi con forma adeguata. In tal caso nasce nel dominio del diritto un problema della volontà e si presenta il quesito: quali dei due aspetti produce effetti giuridici, quello interno o quello esterno?

Innanzi tutto dobbiamo domandarci: come può prodursi una tale scissione? E qui troviamo due ordini di cause, interne ed esterne. Le prime provengono dalla coscienza stessa dell'agente e sono intenzionali e non intenzionali. Si hanno le intenzionali allorchè l'agente è indotto da proprî motivi ad esprimere il suo volere in maniera diversa da quello che è o in maniera imprecisa ed equivoca. Allora si tratta di una scissione dolosa, fatta con la mira d'ingannare. La scissione può essere prodotta anche da cause indipendenti dalla coscienza e dalla volontà dell'agente. Esse consistono nell'imperizia o nell'errore. Si ha la prima, quando l'agente non sa o non può esprimere in modo chiaro, preciso ed univoco il proprio volere. Tale incapacità può essere assoluta e dipendere da uno imperfetto sviluppo della psiche; può essere invece relativa e dipendere o dalla ignoranza dei mezzi appropriati all'espressione, come quando uno non possiede bene la lingua, con la quale si esprime: e da semplice mancanza di attenzione. Si ha l'errore allorchè la mente è sotto l'influsso di un falso apprezzamento delle cose e dei rapporti, per cui l'agente voleva una cosa e ne espresse un'altra. Egli riteneva che la cosa esistesse in un dato modo, mentre esiste in un modo diverso o non esiste del tutto. Ma la mente si fonda su quella falsa credenza e su di essa si forma la volontà. Non vi è, in tal caso, una vera disarmonia fra il lato interno e quello esterno, la disarmonia esiste piuttosto fra il volere e la realtà.

Tra le cause esterne abbiamo innanzi tutto l'errore provocato dalla mala intenzione degli altri; è il caso del dolo altrui. L'errore allora non è più spontaneo, ma è determinato dall'altrui malizia. Anche in tal caso l'estrinsecazione non risponde alla realtà, perchè non vi risponde il volere. Altra causa è costituita dalla violenza, sia fisica, sia morale. Mentre il dolo provoca una deviazione del volere, di cui non si ha coscienza

nel momento, in cui si produce; la violenza ne determina invece una deviazione cosciente. Sotto la pressione della forza o della paura si forma infatti un volere diverso da quello che si sarebbe formato per processo spontaneo. Si ha allora l'espressione di un volere eteronomo che non armonizza con quello autonomo.

Quale altra causa di ordine esterno potrebbe indicarsi il tecnicismo giuridico. Perchè il volere produca certi dati effetti giuridici deve spesso esprimersi per mezzo del linguaggio tecnico del diritto, che non tutti conoscono. Abbiamo qui una causa esterna, che si collega con la interna dell'imperizia.

Ecco qui tante cause che possono indurre ad una vera scissione fra il volere e le sue manifestazioni esterne. E il fatto può essere abbastanza frequente per l'azione appunto di tutte queste cause; onde l'importanza pratica del problema.

CAPITOLO II

Le diverse soluzioni.

Sommario. — 226. Le due soluzioni tipiche. — 227. Critiche alla dottrina della volontà interna. — 228. Critiche a quella della volontà esterna.

§ 226. — La soluzione è stata diversa nelle diverse epoche di sviluppo del diritto.

Nelle epoche primitive, allorchè il diritto assume un carattere spiccatamente materiale ed obbiettivo, le manifestazioni esterne attirano esclusivamente l'attenzione e la volontà vale per come si manifesta esternamente. Occorre allora qualcosa di materiale, di visibile, che attiri le deboli fantasie e fissi l'attenzione e valga a

perpetuare nella memoria un dato evento. Le formule diventano sacrosante, il cerimoniale complicato, rigoroso ed imponente. Di tal periodo si può affermare in genere quel che Cicerone diceva in ispecie per il culto antico della parola: *in omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt.*

In uno stadio posteriore il diritto si spiritualizza, sotto l'influsso di concetti etici, per cui l'elemento interno del volere assume mano mano rilievo e finisce per acquistare il sopravvento. Le formule a poco a poco si riducono e perdono importanza, onde si forma la dottrina, secondo la quale deve avere rilevanza giuridica, non il volere dichiarato, ma quello effettivo. In altri termini il lato esterno ha valore solo in quanto e per quanto esprime il lato interno. Questa dottrina ha dominato quasi come un domma fino a questi ultimi tempi, trovando un valido appoggio nelle tendenze individualistiche, alle quali sopra tutto il diritto s'ispirava. Esso infatti voleva l'affermazione della volontà singola in tutta la sua pienezza, poco preoccupandosi delle conseguenze sociali, che possono derivare da una esterna manifestazione del volere.

§ 227. — Ma sotto l'azione di opposte tendenze e di opposte considerazioni, una nuova corrente si è andata mano mano affermando, rivolta a mettere daccapo in rilievo il lato esterno. Il volere interno, si è pensato, non può farsi conoscere agli altri, se non per mezzo della sua espressione, e una volta rivelatosi, esso entra, a così dire, in circolazione sotto la forma assunta e non può più valere se non in essa e per essa. Il diritto vive nel dominio della esteriorità, una ricerca del lato interno porta fuori dal vero campo giuridico, conduce nel dominio delle pure intenzioni, quindi nel dominio della morale.

Una ricerca del lato interno è, oltre a ciò, pericolosa e non dà risultati sicuri, perchè si trova di fronte

ad elementi infidi, che possono essere interpretati in diverse maniere, portando l'incertezza nei rapporti, che la norma vuole regolare in maniera sicura, perchè senza sicurezza, non vi può esser garanzia.

Finalmente quella dottrina s'ispira a un criterio troppo individualista e dà un peso eccessivo alla volontà del dichiarante, come se il rapporto giuridico derivasse da essa soltanto ed esistesse a suo esclusivo benefizio. Essa perciò garantisce questa sola volontà. Ma oltre alla volontà del dichiarante, vi sono le volontà accipienti, che si determinano in base all'altrui dichiarazione. Gli interessi di questi non vengono in alcuna maniera tutelati, poichè, secondo tale dottrina, il dichiarante può attaccare la sua stessa dichiarazione. Sicchè la dottrina non può corrispondere alle esigenze del commercio, specialmente del commercio moderno, in cui i rapporti diventano così estesi e complicati, da rendere impossibile una sicura garanzia contro gli effetti disastrosi di una dichiarazione inadeguata. Tali inconvenienti potevano tollerarsi in altre epoche, allorchè gli effetti di una dichiarazione si svolgevano entro campi circoscritti o fra individui, che potevano anche conoscersi personalmente, onde diventavano più difficili gli errori e più difficile l'azione di quelle cause, per cui si genera il conflitto fra il volere interno e quello manifestato. Ma nella vita moderna tali condizioni si sono profondamente modificate, la dichiarazione può produrre effetti molteplici su di una quantità indeterminata di persone, trascina una quantità infinita d'interessi, opera in ambienti sempre più vasti, per cui si moltiplicano le possibilità di errori e di conflitti, d'inganni imprevisti e intenzionali.

Occorre quindi la massima oculatezza da parte del dichiarante e la massima fiducia da parte degli accipienti, perchè i rapporti possano svolgersi in modo rapido e sicuro. Ma la teoria non può promuovere, nè

l'una cosa, nè l'altra, una volta che il dichiarante ha sempre il diritto di attaccare la propria dichiarazione.

La dottrina infine non è neppur coerente, il buon senso e il sentimento di giustizia la costringono a non esser logica, come quando, ad esempio, la dichiarazione è fatta per ingannare l'accipiente. Se in questo caso la dichiarazione non deve valere per quella che apparisce e per quella che può essere intesa dall'accipiente, perchè ciò non deve accadere negli altri casi? L'eccezione mostra che la dottrina non ha fondamenti sicuri. Onde si potrebbe conchiudere che la dottrina della volontà interna non regge, nè di fronte alla logica, nè di fronte alla giustizia, nè di fronte alle esigenze della vita sociale.

§ 228. — Ma neanco quella della volontà espressa regge alle critiche e alle obbiezioni.

Si può, innanzi tutto, osservare che l'espressione è un fatto materiale, che per sè stesso non ha alcun valore; tutto il suo valore lo prende dalla volontà, di cui essa è il segno esterno. Se si dà a questo un valore incondizionato, si ritorna all'adorazione delle forme rigide e morte, incompatibili appunto con l'elasticità della vita moderna. La dichiarazione non si può costringere entro forme tipiche, deve essere lasciata libera; ma allora si rende inevitabile l'interpretazione e si apre la via ai cavilli, alle furberie, ai sofismi, che apportano appunto nel diritto quella incertezza, che la nuova dottrina attribuisce alla vecchia.

Inoltre, dando un valore esclusivo alla dichiarazione esterna, se si tutelano gli interessi di coloro, che vogliono giovarsene, si lasciano indifesi gl'interessi del dichiarante, chiamato così a rispondere, non più della sua vera volontà, ma da quella che esternamente apparisce e che può essere imperfetta e inadeguata. Il diritto deve tutelare tutti gl'interessi e non una categoria di essi soltanto, poichè la sicurezza dei rapporti in genere e del commercio in ispecie, viene egualmente

compromessa, tanto se si sacrificano gl'interessi del dichiarante, quanto se si sacrificano quelli dell'accipiente. Non vi è ragione per accordare la preferenza agli uni anzi che agli altri.

Neppure quest'altra dottrina è immune del difetto d'incoerenza, poichè essa è costretta ad abbandonare il suo proprio criterio quando la dichiarazione è provocata dall'altrui dolo o violenza. Nè vale opporre che in tal caso ci troviamo di fronte a dichiarazioni non sincere, poichè la stessa risposta mostra che generatore vero del rapporto è il volere effettivo.

Finalmente, poggia su di un punto di vista meramente superficiale l'osservazione che questa nuova dottrina sia più conforme alla natura del diritto quale regola dei rapporti esterni. Il diritto non può mai prescindere dal dominio delle intenzioni, perchè esso è norma di condotta, che guida e vuol guidare volontà coscienti, non meccanismi inerti; e se si restringe a regolarle dal lato esterno, ciò non significa che trascuri deliberatamente il lato intenzionale. Esso lo trascura solo finchè non si è rivelato per mezzo del lato esterno. Ma una volta manifestatosi per mezzo di un atto, che assume rilevanza giuridica, lo fa entrare nel proprio dominio e lo valuta. Ciò è tanto vero, che il diritto non s'interdice di ascendere nel dominio delle intenzioni tutte le volte che il fatto dà origine a contestazioni o a violazioni della norma. In tali casi occorre una interpretazione del fatto e questa non può trovarsi nel solo fatto; il fatto dice ben poca cosa, può anche non dir nulla, perchè esso in tanto vale, in quanto è rivelazione di una condotta, cioè di una serie di atti interni.

Quando adunque si afferma che il diritto si mantiene nel campo della esteriorità, non si vuole affermare altro che questo, che cioè il diritto regola gli atti esternamente rivelatisi in un dato modo; ma una volta rive-

latisi, essi devono entrare sotto il suo dominio anche per il loro aspetto interno, essendo questo il momento decisivo della loro genesi. In altri termini: il diritto non può trascurare il momento interno di un atto, che, estrinsecandosi, è penetrato nel suo dominio, tutte le volte che il lato interno vale a chiarire quello esterno e quindi tutte le volte che quest'ultimo può presentar dubbi circa la propria natura e il proprio significato.

Non vi è quindi contraddizione fra la teoria della volontà e il carattere esterno della norma e del rapporto giuridico, poichè il diritto si restringe alle manifestazioni esterne del volere solo nel senso che non può abbracciarle se non quando si sono rivelate; ma una volta rivelate, esso le abbraccia sotto tutti i loro aspetti, poichè il diritto non è il dominio dei fatti monchi od incompleti, ma è soltanto un dominio specializzato a certe categorie di fatti e di rapporti. E specificazione, in questo caso, non vuol dire riduzione del punto di vista da cui i fatti devono essere abbracciati, sì bene solo riduzione del numero dei fatti, che devono essere compresi in questa categoria; vuol dire cambiamento del criterio di valutazione di tali fatti, ma non riduzione del campo per cui tale criterio deve spaziare.

CAPITOLO III

La teoria della volontà giuridica.

SOMMARIO. — 229. La volontà giuridica nella sua unità. — 230. Modo come ottenerla. — 231. Nelle diverse parti del diritto. — 232. Il principio della buona fede. — 233. La responsabilità del dichiarante. — 234. La teoria della capacità.

§ 229. — Queste le due dottrine che si contendono il campo, senza che nessuna delle due sia riuscita, in questi ultimi tempi, a prevalere definitivamente sul-

l'altra. In pratica si è cercata una specie di conciliazione fra le conseguenze estreme, cui condurrebbero le due opposte dottrine, allorchè fossero spinte a tutte le lore logiche conseguenze. Le dottrine si sono mostrate insufficienti e, come spesso accade, la vita, con le sue esigenze e con la sua propria logica, si è imposta alle dottrine e ha dettato le sue proprie soluzioni.

Le obbiezioni, che le due dottrine si rivolgono, l'una contro l'altra, mostrano infatti che esse sono unilaterali ed incomplete e non possono dare una soluzione scientifica del problema. Questo anche apparisce dai tentennamenti della pratica e dagli stessi tentativi di conciliazione per far fronte alle esigenze della realtà. Volendo assorgere a una soluzione scientifica del problema dobbiamo domandarci se per caso esso non sia stato mal posto. Si sa che la soluzione di un problema dipende innanzi tutto dal modo come esso si pone e qui il problema si pone male allorchè si cerca una volontà interna ed una esterna manifestazione. La volontà deve essere presa nella sua totalità, in quanto giuridicamente manifestata e capace quindi di produrre effetti giuridici.

Una volontà interna che non si manifesta esternamente è irrilevante per il diritto; ma è anche irrilevante una esterna manifestazione, senza il volere da cui è stata determinata. Dando esclusivo valore alla prima, si confonde il diritto con la morale; dando una esclusiva prevalenza alla seconda, il diritto diventa la consacrazione dell'autonomatismo, del segno, della causalità fisica. Onde, sia nell'uno, che nell'altro caso, si garantisce ciò che è fuori del diritto e può essere anche contro di esso. La volontà che il diritto vuole e deve garantire è la volontà completa, la volontà attiva, quella in cui l'elemento interno apparisce per opera della esterna espressione e questa prende significato e valore dall'elemento interno; insomma, la vo-ontà nella sua totalità, nel complesso delle sue mani-

festazioni; poichè, come abbiamo già detto, è la volontà completa che costituisce nel diritto il principio dinamico del rapporto.

§ 230. — Se non che l'esterna espressione non sempre traduce il volere interno: l'imperfezione degli uomini e tutte le cause innanzi indicate rendono inevitabili i distacchi e anche i conflitti fra il volere e le sue esterne manifestazioni. Quando il volere per tal modo si scinde o apparisce così scisso, quali dei due aspetti deve assumere rilevanza giuridica?

Bisogna innanzi tutto distinguere. La scissione può prodursi nel momento, in cui la volontà si manifesta, può invece sopravvenire. Il problema non può sorgere che nel primo caso, poichè il momento decisivo per la produzione degli effetti giuridici è quello in cui il volere si manifesta, la scissione che sopravviene è giuridicamente irrilevante, non può distruggere ciò che la volontà ha fatto nascere. Così, l'offerta acquista un valore per sè stante, indipendentemente dai cambiamenti d'opinione sopravvenuti nella coscienza dell'offerente; il reato acquista i suoi caratteri giuridici dallo stato d'animo del momento, in cui fu commesso, indipendentemente dagli stati psichici prodottisi nei momenti successivi.

Il problema adunque sorge solo rispetto al momento in cui la volontà deve diventar decisiva nel dominio del diritto. Ora, in tal caso il principio dell'unità del volere deve servir di guida. I due lati del volere che sono o sembrano divergenti devono essere quindi condotti ad armonizzare fra di loro, a corrispondersi. E ciò in due modi, o riconducendo l'espressione apparente al significato vero, o attribuendo all'espressione certa una volontà appropriata. Nel primo caso si ricerca la volontà interna, che non apparisce dalla sua espressione imperfetta e inadeguata; cioè si ricerca la vera volontà giuridica a traverso la sua espressione non ap-

propriata. E tale ricerca si fa, come ogni ricerca di ordine giuridico, col sussidio di mezzi e d'indizî di carattere esterno, risalendo nel dominio della subbiettività con i mezzi obbiettivi. Si cerca, insomma, di constatare una volontà rilevandola dalle condizioni, in cui si è formata; ma dalle condizioni quali possono essere esternamente conosciute ed obbiettivamente accertate.

Nel secondo caso, si cerca di dare all'espressione la volontà che deve corrispondervi, ricavandola, non più da indizî sussidiari, ma dalla espressione stessa. Si suppone che, essendovi una espressione determinata, vi debba essere una volontà corrispondente. In tal caso cioè vale la presunzione che il lato esterno, il fatto materiale della espressione collimi con la volontà vera. L'espressione si prende per indice sicuro della volontà giuridica. Onde molto impropriamente può dirsi che la sola espressione produca effetti giuridici; ciò che produce tali effetti è sempre il volere nella sua totalità, nell'armonia del lato esterno con quell'interno; la nuda espressione è volontà incompleta, anzi non è volontà. Se essa produce tali effetti, ciò avviene perchè si presume (o la norma, per i suoi fini, vuole si presuma) che essa sia certa rivelazione di un interno volere.

§ 231. — I due sistemi non si adoperano egualmente in tutte le parti del diritto. Il diverso carattere che vi assume l'atto e quindi il rapporto, la diversità dei fini, che la norma si propone nei varî campi dell'umana attività, determinano l'applicazione dell'uno o dell'altro.

Il primo infatti tende a prevalere in quelle parti in cui la personalità si rivela nella sua totalità, quando perciò il rapporto giuridico investe l'intera persona, per cui maggiormente si avvicina al rapporto etico e ne assume i caratteri subbiettivi, come appunto nei rapporti di famiglia e in tutta in genere la sfera del diritto punitivo.

Il secondo sistema tende invece a prevalere per gli atti che hanno un carattere più obbiettivo, che si congiungono, a così dire, per un lato solo alla personalità e possono legare un gran numero di persone o d'interessi, come appunto accade nel dominio dei rapporti commerciali. Gli atti commerciali hanno, in certa guisa, un valore per sè stante, che viene rivelato dalla esterna espressione, non quale nuda espressione, ma quale base presunta di una volontà certa. Tale presunzione è data innanzi tutto dallo stesso carattere obbiettivo dell'atto. L'obbiettività non potrebbe determinarsi se non si partisse dal presupposto che gli uomini esprimono generalmente con i loro atti una corrispondente intenzione. La impossibilità stessa di ascendere in tutti i casi nel dominio dell'intenzione, rende necessario questo convincimento e crea l'abitudine di conferire all'atto un valore indipendente. Tale necessità poi acquista maggiore impellenza allorchè si tratta di rapporti estesi, che si riflettono sopra un gran numero d'individui, producendo una quantità sterminata d'incidenze e di ripercussioni su persone, che non si conoscono reciprocamente. Allora la dichiarazione del volere deve necessariamente assumere il sopravvento sul volere stesso, deve cioè assumere tutti i caratteri della volontà giuridica e come cio non può accadere se non in quanto si presume che l'espressione risponda alla vera volontà, così questa presunzione s'impone.

Finalmente, lo sviluppo dei commerci richiede la sicurezza e la rapidità dei rapporti e queste condizioni non si possono conseguire se non quando si ritiene che l'espressione del volere corrisponda al volere effettivo. Il rapporto rimane sempre in uno stato d'incertezza finchè si lascia la via aperta alla valutazione dell'elemento interno, la quale può scuotere anche i rapporti che sembrano incardinati sulle basi più sicure. E con la certezza viene sacrificata anche la rapidità,

poichè gl'individui non potrebbero allora legarsi in base a dichiarazioni se non dopo avere esaminato intenzioni, moventi scopi, i quali non possono conoscersi a colpo d'occhio e richiedono indagini spesso lunghe ed accurate.

Per tutte queste ragioni la prevalenza del momento esterno s'impone in questa categoria di atti e di rapporti; non nel senso che sia irrilevante o manchi un momento interno, poichè ciò sarebbe inconcepibile, ma perchè esso si presuppone sempre in armonia con quello esterno. E tale presunzione, rinforzata poi dalla norma, tende sempre più ad adeguarsi alla realtà, cioè ad esser vera rivelazione di un effettivo stato di fatto, in quanto gli uomini, consci che gli effetti di una dichiarazione inadeguata potranno rivolgersi a danno del dichiarante, cercheranno di esser più cauti e di dare al loro volere una espressione appropriata e meglio corrispondente con l'intenzione.

§ 232. — Vi sono poi certi principi generali che devono informare tutta la teoria della volontà e questi sono dati dal criterio della buona fede e dal concetto della responsabilità.

Nella ricerca della volontà giuridica bisogna partir sempre dal presupposto che gli uomini siano animati da una intenzione sincera e leale, che agiscano cioè con buona fede. E in tal caso bisogna intendere la buona fede, non soltanto come credenza o ignoranza, ma come coscienziosità, rettitudine, onestà. Il diritto vuole regolare e promuovere cooperazioni e solidarietà umane, e le cooperazioni non sorgono e non si mantengono sulla base delle diffidenze e degli inganni.

La buona fede si è imposta a misura che il diritto si è andato spiritualizzando ed ha ammesso la valutazione dell'elemento interno del volere e, al pari della equità, ha subìto l'influenza degli elementi etici e religiosi. Ma, a differenza dell'equità, la buona fede ri-

mane semplice criterio d'interpretazione e di valutazione dell'elemento interno del volere e perciò non può mai assurgere a vera norma. Se non che assume carattere diverso nelle diverse parti del diritto e viene fatta valere, ora a favore di chi esprime una volontà giuridica, ora a favore di colui che su di essa si basa. Anche a tal riguardo occorre tener conto della distinzione fra le diverse parti del diritto e quindi fra la diversa qualità degli atti.

Negli atti in cui è in giuoco l'intera personalità, il criterio della buona fede o in genere della volontà buona, deve ordinariamente valere per il dichiarante o l'agente. La sua intenzione leale deve presupporsi, a traverso la sua espressione inadeguata, almeno fino a prova in contrario, perchè è dalla personalità nel suo complesso che l'atto prende significato. Invece negli atti, nei quali solo un lato della personalità si manifesta e per i quali l'espressione acquista il sopravvento, il criterio della buona fede deve a preferenza valere per chi riceve la dichiarazione o subisce gli effetti dell'atto, poichè qui entra specialmente in campo la volontà di quest'ultimo, la quale non può determinarsi se non in base ad una esterna espressione. La reciproca fiducia non può sorgere nei rapporti di questa categoria, se non si riguarda l'espressione quale sincera emanazione della volontà interna e non si riconosce a quelli, che su di essa si basano il diritto d'intenderla, in buona fede, siccome apparisce. Ma nell'applicare il criterio della buona fede non si deve riguardare troppo esclusivamente a una delle parti, poichè si tratta sempre di conciliare interessi e non di favorire esclusivamente l'interesse dell'una a scapito di quello dell'altra.

§ 233. — Il secondo principio che deve dominare nella teoria della volontà è quello della responsabilità del dichiarante. Ognuno deve essere tenuto responsabile dell'espressione che dà al proprio volere, se, per cause

inescusabili, ha dato alla sua volontà un'espressione inadeguata. L'obbligatorietà del rapporto costituisce per lui una specie di sanzione. Se egli non ha voluto esprimere sinceramente la propria volontà, è appunto perciò legato dalla sua espressione. Questa sanzione potrà indurlo ad esser più cauto e più diligente o ad agire con maggiore sincerità.

Potrà sembrar strana, a prima vista, una sanzione di questo genere, che impone un obbligo a chi non voleva obbligarsi, almeno nel modo come gli viene imposto dalla violazione. Ma in fondo anche qui la sanzione ha il carattere di un male imposto al violatore della norma. Infatti la norma si deve proporre di rendere le determinazioni serie e ponderate nel dominio del diritto; essa non può accordar protezione ai voleri capricciosi o alle deliberazioni leggere, capaci di provocare malintesi o incertezze, essa perciò deve imporre che valga il volere espresso e conosciuto quale manifestazione di un effettivo volere, poichè da questa manifestazione nasce il rapporto, su di esso si fondano le legittime aspettative degli uomini. In fondo tutti i rapporti sociali volontari s'imperniano su queste aspettative, sulle credenze che le manifestazioni e le azioni degli uomini fanno sorgere, ed è naturale che il diritto prenda sotto la sua protezione queste aspettative e imponga gli obblighi che esse fanno nascere. Così esso può dispiegare la sua azione regolatrice dei rapporti sociali ed infondere certezza e stabilità ai rapporti mutevoli della vita. L'obbligo di sottostare agli effetti della propria dichiarazione è perciò la sanzione naturale per chi cerca di sottrarsi agli scopi della norma con dichiarazioni inadeguate.

Si capisce che il principio della responsabilità della dichiarazione non può trovare applicazione eguale in tutte le parti del diritto e in tutte le categorie di rapporti; anche qui bisogna tener conto della distinzione

innanzi indicata, poichè il volere interno non sempre si presta ad essere contenuto integralmente entro i confini rigidi di una espressione precisa e di significato univoco.

§ 234. — Alla teoria della volontà si collega intimamente quella della capacità. Una volontà infatti non può generare effetti giuridici, non può assurgere al grado di volontà giuridica se non è volontà capace. Fino a tanto che essa non acquista la capacità giuridica, cioè in ispecie, la capacità per l'esercizio dei diritti, essa è una volontà passiva, incapace di produrre direttamente effetti nel dominio del diritto. Gli atti che essa compie sono azioni di fatto, hanno il carattere di eventi naturali. Essi possono acquistare valore giuridico quali fatti volontari allora soltanto che possono ricondursi o vengono dalla norma ricondotti a una volontà giuridicamente capace di agire.

In genere la volontà giuridicamente capace di agire e di produrre quindi con le sue manifestazioni effetti giuridici è la volontà matura, la volontà dell'individuo che ha raggiunto un certo sviluppo e che quindi ha compiuto una determinata età. Ciò non toglie che la volontà la quale non abbia raggiunto questa pienezza di sviluppo non possa acquistar valore di volontà giuridica, almeno entro certi limiti; ma si tratta di eccezioni, che la norma stessa fissa, fondandosi su presunzioni o su necessità di fatto, come, ad esempio, nel caso della emancipazione.

La capacità risultante dal raggiungimento di una determinata età è peraltro la capacità generica, la generica possibilità di produrre col proprio volere effetti nel dominio del diritto ed entrare quale elemento attivo nella formazione dei rapporti. Ma essa non viene fissata nel modo medesimo in tutti i campi del diritto, perchè il discernimento e la maturità del volere non si conseguono nel modo medesimo rispetto a tutti i rap-

porti, e il diritto non può non tener conto di queste condizioni di fatto, se vuole fondarsi sulla realtà, se vuole riuscire effettivamente norma regolatrice dei rapporti umani. Così, il discernimento e l'autonomia del volere possono presentare, almeno entro certi limiti, una maggiore precocità nei rapporti penali anzi che in quelli civili e perciò la capacita penale si fissa ad una epoca anteriore e viene anche regolata con gradazione, che sono ignote nel dominio del diritto civile.

Vi sono poi le forme più specifiche di rapporti, rispetto alle quali non sono più sufficienti le condizioni generiche di sviluppo fisiologico e psichico, ma occorrono condizioni speciali di cultura, di moralità o anche di esperienza, che si possono acquistare con una specifica educazione mentale e morale, sia in una età maggiore a quella fissata per la capacità generica, sia anche ad una età inferiore. E allora si determinano, corrispondentemente a tali condizioni, le forme specifiche di capacità giuridica, che vanno valutate con criteri proprî, rispondenti ai fini che la norma si propone in quelle determinate parti del diritto e di fronte alla natura delle esigenze, che esso si propone di regolare.

Sicchè il concetto di capacità è un concetto relativo al genere dei rapporti cui si riferisce e tende a specificarsi con la specificazione dei rapporti. Alle generali condizioni risultanti dal naturale sviluppo fisiologico-psichico, altre se ne aggiungono che in vario senso lo modificano e valgono, ora ad affrettare, ora anche a ritardare il grado di maturità necessario perchè il volere acquisti efficienza giuridica. Onde, come abbiamo già precedentemente notato, il principio che tutti gli uomini vanno riguardati come soggetti del diritto, deve essere completato con l'altro principio che nessun uomo, come nessun ente collettivo, può operare effettivamente quale soggetto rispetto a una data forma di attività giuridica, se non è riconosciuto capace, cioè se la sua

volontà non si trova nelle condizioni peculiari per potere diventare volontà giuridica nella categoria dei rapporti, in cui deve operare.

La volontà capace, atta cioè ad affermarsi e ad agire quale volontà giuridica, è anche volontà responsabile, cioè deve rispondere giuridicamente degli atti, che essa compie; e viceversa, gli atti umani, prodotti da coscienti determinazioni del volere, in tanto sono giuridici e capaci di generare rapporti giuridici, in quanto possono riferirsi a un volere responsabile. Onde la teoria della capacità completa quella della volontà e avvia alla teoria della responsabilità.

CAPITOLO IV

Il fatto e gli elementi della responsabilità.

SOMMARIO. — 235. Posizione del problema. — 236. Coscienza e volontà dell'agente.

§ 235. — Fra i concetti e le dottrine che sono state più tormentate dalla critica moderna, occupano certamente un posto cospicuo quelle attinenti alla responsabilità, sia riguardata dal punto di vista morale, sia considerata dal punto di vista politico e giuridico. La importanza in pari tempo teorica e pratica del concetto e del fatto della responsabilità, la loro connessione col problema del famoso libero arbitrio, li ha in certo modo esposti all'azione di tutte le correnti filosofiche. Noi cercheremo di prescindere dai preconcetti di scuola e di analizzare il problema, basandosi sulla natura specifica della coscienza umana, onde proviene e in cui trova la sua vera ragione di essere, e considerandolo

sopra tutto dal punto di vista giuridico, che è quello cui a preferenza deve rivolgersi la nostra attenzione.

Il fatto della responsabilità, quale ora si presenta alla nostra psiche evoluta, è certo un fatto assai complesso, poichè elementi di vario genere entrano a costituirlo, ma noi non ci accorgiamo di tale complessità, poichè esso si presenta alla nostra coscienza quale una sintesi. Solo un'analisi profonda può riuscire a mettere in evidenza gli elementi, onde risulta, i coefficienti, che concorrono a determinarla. Considerato sotto il suo aspetto più semplice, esso implica il riferimento di un atto all'agente, che l'ha compiuto.

Presa in maniera così generica, la responsabilità apparisce quale un fenomeno di causalità nel mondo umano: l'uomo, l'agente, apparisce in tal caso uno degli elementi, delle condizioni, degli antecedenti onde l'atto è preceduto e prodotto. Ma, intendendola in tal modo, avremo solo i caratteri generici della responsabilità, non i suoi caratteri specifici. Certo, esso implica un riferimento all'agente, che opera in modo da determinare un dato effetto nel mondo fenomenico; ma presuppone ancora qualcosa di più, che cioè, fra tutto l'insieme delle cause, che concorrono a quel dato effetto, esso costituisce la causa principale e come il punto di partenza delle cause. La causa è stata da alcune scuole definita come l'insieme delle condizioni dalle quali risulta un dato evento. Ma un tal concetto è vago e caotico, poichè nel mondo fenomenico le cause si concatenano le une con le altre, e non è mai possibile trovare un punto di partenza e un punto di arrivo. Per i nostri scopi scientifici e pratici noi dobbiamo fare una selezione e fissare la nostra attenzione sopra un precedente o una serie di precedenti, che, per il fatto che esaminiamo, ci appariscono come aventi un'importanza decisiva.

Nel fatto della responsabilità il punto di partenza noi

lo troviamo nel momento in cui l'ordine delle cause si congiunge con l'ordine dei fini e cioè nella volontà umana, che per il raggiungimento dei suoi fini si trasforma in causa nell'ordine fenomenico. Così, nel fatto dell'omicidio con un'arma da fuoco, abbiamo l'azione di un complesso di cause; i movimenti nervosi e muscolari dell'uccisore, l'esplosione (che è alla sua volta la risultante di un insieme di altre cause), la struttura anatomica dell'ucciso ecc. Ma di tutte queste cause il punto di partenza è la volontà dell'uccisore, che, per determinati fini, inizia la serie causale, onde l'evento è in fine prodotto.

§ 236. — Quando peraltro avremo riferito l'atto alla volontà dell'agente, non avremo ancora il fatto della responsabilità, perchè dobbiamo prendere, non la volontà in genere o in astratto, ma la volontà qualificata in un dato modo. Così, quando ricolleghiamo un evento alla volontà di un bambino o di un pazzo, non avremo il fatto della responsabilità rispetto a questi agenti. Occorre quindi che la volontà possa determinarsi secondo date condizioni e queste sono: la coscienza di compiere l'atto, l'autonomia del volere. Esaminiamole separatamente.

La coscienza di compiere un dato atto suppone: *a*) la preconcezione dell'atto stesso e dei suoi effetti immediati; *b*) l'intenzione di conseguire gli effetti che si son prodotti. Perchè infatti un'azione possa effettivamente attribuirsi alla mia volontà quale causa iniziatrice e per conseguenza, possa dirsi mia, è innanzi tutto necessario che io abbia avuto la chiara volontà di compierla, cioè, come suol dirsi, che ne abbia avuta l'intenzione. Ma, perchè questo pienamente accada, occorre ancora che io abbia potuto concepire e prevedere con la mia mente la forma concreta dell'azione stessa, con tutti gli effetti immediati che ne conseguono o possono conseguirne. Gli effetti sono certo infiniti, poichè ogni atto produce

una quantità indeterminata d'incidenze di ripercussioni nella complessa vita sociale; ma ogni coscienza normale può prevedere le conseguenze immediate dell'atto.

Questi due primi elementi e cioè la volizione cosciente e la previsione degli effetti immediati si completano e si presuppongono. Infatti una cosciente determinazione dell'atto presuppone un potere di previsione della mente; ma questa non potrebbe produrre alcun effetto senza un atto di volontà. Perciò che questi due elementi devono essere presi insieme e non isolatamente. Ma se entrambi contribuiscono a determinare la responsabilità, è il secondo quello che acquista speciale rilievo allorchè si tratta di determinare i gradi della responsabilità, poichè per opera di esso si determina sopra tutto il grado di connessione fra la coscienza dell'agente e l'effetto prodotto. Così, quando io, stendendo sbadatamente il braccio per prendere un libro, urto contro un oggetto che mi era accanto e lo rompo, io sono certamente responsabile di quella rottura, perchè poteva prevederla; ma se io urto quell'oggetto con la piena intenzione di romperlo, allora la mia responsabilità cresce, perchè la connessione tra la mia volontà e la rottura di quell'oggetto diventa più diretta. Infatti, nel primo caso, la mia volontà mirava a produrre un effetto immediato diverso da quello che si è casualmente prodotto; nel secondo caso esso mirava a produrre appunto l'effetto che si è determinato.

Il fatto della responsabilità diventa quindi tanto più accentuato, quanto più l'atto con le sue immediate conseguenze viene a congiungersi con la determinazione del volere, onde le conseguenze sono tanto più *mie* e tanto più io sono chiamato a rispondere di esse, quanto più la mia volontà era diretta a produrle. Da qui sopra tutto la distinzione fra dolo e colpa e le diverse gradazioni del dolo e della colpa. Esse rappresentano in

fondo, i diversi gradi di connessione fra la volontà, l'atto e le sue conseguenze immediate.

Bibliografia. — Fonsegrive, *Essais sur le libre arbitre* (Paris 1887); Fouillée, *La liberté et le determinisme;* s. Hoppe, *Die Zurechnungs fähigk.* (1874); Rümelin, *Reden u. Anfsätzen,* vol. II; Ferri, *Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio* (1881); Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità* (1894-99); Impallomeni, *Il principio specifico della penalità* (*Rivista penale*, vol. XXXIII); Id., *Istituzioni di diritto penale* (1908); Carnevale, *Ragione dell'applicazione concreta della pena* (*Rivista penale*, vol. LXVI); Manzini, *Trattato di dir. penale,* vol. II (1908); Brunetti, *Il delitto civile* (1906).

CAPITOLO V

L'autonomia del volere.

SOMMARIO. — 237. Concetto di essa. — 238. La catena delle cause. — 239. Connessione con gli altri elementi.

§ 237. — Questi elementi ancora non bastano per determinare la responsabilità; ne occorrono ancora due altri. Uno di questi, assai importante, è l'autonomia del volere. Non basta infatti che si abbia la coscienza, la prevedibilità dell'atto e delle sue conseguenze, la volontà di compierlo; occorre inoltre che la volontà sia in grado di determinarsi in modo autonomo.

I processi volitivi, come in genere tutti i processi psichici, si svolgono, spontaneamente, nell'uomo normale secondo le leggi dello spirito, secondo cioè le loro proprie leggi. Finchè questo avviene, essi sono autonomi. Ma essi possono essere in vario senso e in varia guisa turbati da anomalie della mente, da malattie o da cause esteriori, e allora essi sono anormali o eteronomi. Sono anormali allorchè si compiono in modo imperfetto, come in conseguenza di malattia, di sviluppo

incompleto, d'indebolimento prodotto dall'età, ecc., sono eteronomi allorchè il loro svolgimeuto diventa irregolare a causa di pressioni e d'influenze eterogenee. Nell'un caso e nell'altro la volontà non si determina per forza propria, in conformità delle sue proprie leggi, perchè, nel primo caso, questa forza manca e nel secondo, essa è contrastata e sviata.

Ma può dirsi libera una volontà che si determina secondo le proprie leggi? Ecco un problema che non dovrebbe veramente interessare il fatto della responsabilità come fatto empirico. Esso altro non implica che il riferimento dell'azione al volere cosciente e normale, e allorchè questa condizione si verifica non può non verificarsi anche qual fatto. L'uomo responsabile deve, in altri termini, rispondere della sua autodeterminazione, perchè essa gli è propria, è dovuta alla sua interna attività autonoma, all'attività spontanea della propria coscienza. Quest'attività è sempre accompagnata dal sentimento più o meno vivo, più o meno chiaro, che le sue determinazioni sono opera propria. E questo basta perchè si abbia la responsabilità e il sentimento della responsabilità.

Solo possiamo soggiungere che questo sentimento è tanto più accentuato, quanto più accentuata è l'energia del volere, poichè esso è la rivelazione intuitiva della stessa attività dello spirito, allorchè spontaneamente si svolge secondo le sue proprie leggi. Ma una volontà che si svolge secondo le sue proprie leggi o in genere, secondo le leggi dello spirito è una volontà libera. Volontà libera non può significare volontà arbitraria, volontà capricciosa, poichè la libertà non è capriccio o incoerenza, ma suppone limiti e ordine e qui l'ordine è dato dalle leggi della nostra coscienza, che la inducono a muoversi secondo un ordine di fini, quindi, in fondo è dato dall'ordine dei fini che la coscienza si crea conformemente alla sua propria natura, e al quale obbedisce.

§ 238. — Pure, potrebbe osservarsi, la catena delle cause non si arresta alla volontà; questa è non causa prima, perchè essa può essere, alla sua volta, un prodotto e può essere indotta a determinarsi in un dato modo da una determinata situazione di fatto. E se non è causa prima, perchè dobbiamo arrestarci ad essa?

A tal riguardo ci siamo già spiegati. Nessuna operazione dello spirito sarebbe mai possibile come non sarebbe possibile il conseguimento di alcun risultato pratico, se nella catena infinita delle cause non prendiamo un punto di partenza, una causa che apparisca principale e come iniziatrice di una serie di fenomeni. Ora la volontà presenta appunto questi caratteri, perchè i processi del volere, come in genere tutti i processi psichici, pur seguendo le loro proprie leggi, danno origine a sintesi, risultano anzi da sintesi, da formazioni nuove, qualitativamente diverse dalle cause e dalle situazioni di fatto, che li hanno promossi o suggeriti. La miseria, ad esempio, può condurre al lavoro indefesso, o al furto, o al suicidio; l'offesa ricevuta può suggerire la vendetta, come può indurre al perdono.

Abbiamo dunque la produzione di fatti, che non si possono spiegare con un ordine di causalità quale apparisce nel mondo obbiettivo; ma devono spiegarsi con un nuovo ordine di causalità, che è ordine di fini, il quale si determina appunto nella nostra coscienza. L'ordine causale può mettere in modo, può stimolare questo nuovo ordine, ma non può crearlo. E appunto per questo la volontà puo presentarsi quale una causa nuova, quale iniziatrice di una nuova categoria di cause.

La difficoltà adunque non risiede nella possibilità di concepire la volontà quale causa iniziatrice, ma piuttosto nel determinare con precisione quando è che veramente la volontà può dirsi del tutto autonoma e determinarsi libera dalla pressione di forze e d'influenze capaci di turbarne la normale attività. O in altri ter-

mini: quando è che la volontà può pienamente e liberamente determinarsi secondo il proprio mondo di fini? Ciò varia in modo indefinito col carattere degl'individui, con l'età, con lo sviluppo mentale, con le condizioni fisiche dell'organismo, con le condizioni generali e speciali della coscienza. E, a proposito di queste ultime, sappiamo come sia graduale il passaggio dell'uomo di mente sana a quello di mente malata, tanto da non poter determinare con precisione dove l'uno finisca e l'altro cominci. E così anche, rispetto alla pressione delle influenze esterne, la volontà offre un grado di resistenza assai variabile, non solo nei diversi individui, ma anche nei diversi momenti della vita di ciascuno.

Ma le difficoltà di questo genere sono difficoltà di carattere empirico, le quali non intaccano il principio dell'autonomia del volere. Queste difficoltà s'incontrano per tutto nella vita e nella scienza, perchè da per tutto i fenomeni presentano gradazioni e sfumature insensibili, per cui non si può mai segnare con precisione la linea divisoria fra un fenomeno e l'altro. E come da per tutto tali difficoltà non impediscono che si prendano a base fatti medi o tipici per la determinazione di un criterio o di una regola, così esse non possono impedire che ciò avvenga anche nel caso attuale. Non ostante tutte le gradazioni e tutte le sfumature possibili, noi, per i nostri fini pratici, possiamo con sufficiente sicurezza riconoscere in quali casi la volontà operi e sia in grado di determinarsi conformemente alle leggi della sua propria attività.

§ 239. — Gli elementi che abbiamo innanzi esaminato si conettono intimamente con l'autonomia del volere e ne costituiscono come il presupposto indispensabile. Infatti, la coscienza del volere, connessa col potere di previsione è, in pari tempo coscienza della determinazione autonoma. Senza la coscienza di sè il volere non è in grado di porre uno scopo al proprio ope-

rare e di determinarsi in vista del suo raggiungimento. E infatti nelle determinazioni coscienti che noi possiamo dispiegare tutta la forza della nostra volontà e ci sentiamo più strettamente legati con le conseguenze dei nostri atti, tanto da considerarle in tutto quale opera nostra. Questo invece non accade per le azioni che compiano automaticamente, in forza di reazione istintive o di abitudini contratte, le quali perciò àssumono un carattere meccanico e sembrano obbedire alle leggi dell'organismo piuttosto che a quelle della psiche.

La coscienza dell'energia volitiva non può adunque scompagnarsi dalla coscienza stessa del volere e si sviluppa in relazione e in proporzione con essa. Ma d'altra parte è anche vero che la coscienza della nostra energia, quindi della nostra autonomia di volere, rinforza e vivifica il nostro potere di previsione, rischiara i fini del nostro operare, ci fa sentire tutta la responsabilità della nostra deliberazione. Onde più si accentua il convincimento della nostra libertà di agire, più si sviluppa la coscienza del nostro operare e delle sue conseguenze e più quindi l'azione apparisce quale un prodotto diretto della nostra volontà. Perciò hanno ragione coloro che considerano come inesplicabile il fatto della responsa bilità senza l'autonomia del volere e come eticamente disastroso l'indebolirsi del convincimento di tale autonomia. Senza di questa infatti non può darsi moralità, e tutte le dottrine escogitate per conciliare l'agire responsabile con un volere, che è in balìa dei motivi e quindi incapace di farli propri e di crearli, sono dottrine artificiose e superficiali, che non comprendono, nè la vera natura dello spirito, nè quella dell'azione morale.

CAPITOLO VI

Il criterio di valutazione.

SOMMARIO. — 240. L'ultimo elemento. — 241. Come esso opera. — 242. Conflitto fra il dovere e l'azione. — 243. Forme e gradi della responsabilità.

§ 240. — Neppure gli elementi che abbiamo finora analizzato sono sufficienti perchè sorga il concetto della responsabilità. Infatti, io posso avere piena coscienza della mia volizione, degli effetti immediati del mio atto, dell'autonomia del mio volere e pure non posso provare quel sentimento caratteristico, che accompagna l'atto responsabile e che m'induce a riconoscermene autore. Se io, ad esempio, bevo un bicchiere d'acqua, posso ben compiere questo atto con piena coscienza, col pieno convincimento della mia libertà di volere e pure non mi sento indotto a ricercarmene autore; non perchè io non sia convinto di esser tale, ma perchè questa ricerca non m'interessa. Il vincolo causale fra la mia volontà e il mio atto esiste, ma di fronte alla mia coscenza non acquista valore. Invece, se il mio medico mi ha proibito di bere ed io sono tormentato dalla sete, si determina nella mia coscienza una lotta fra il bisogno della sete e il dovere di osservare la prescrizione del medico. Allora il sentimento di responsabilità comincia ad apparire e si sviluppa a misura che la lotta interna si accentua e acquista il massimo della sua intensità nel momento in cui prendo una risoluzione. Io sento che quello che sto per compiere è opera mia, la percezione del vincolo causale tra la mia volontà e la mia condotta acquista il massimo rilievo.

Che cosa è intervenuto in questo caso a generare il

concetto di responsabilità? Un criterio di valutazione determinato da un comando, da un fine, che s'impone alla nostra coscienza. Ecco appunto l'ultimo elemento che occorre perchè si abbia il sentimento di *dover rispondere* di ciò che si compie. Quando una norma o un ideale normativo non s'impongono alla nostra coscienza e noi non ci sentiamo legati ad esso dal vincolo del dovere, nè noi possiamo provare alcun sentimento di responsabilità, nè altri può essere indotto a mettere in rilievo il vincolo causale fra i nostri atti e le loro conseguenze immediate. Un'azione indifferente non è valutabile e perciò di fronte ad essa non ha alcuna importanza, nè la persona che la compie, nè i moventi, che hanno indotto a compierla.

Non è qui il caso di ricercare se vi siano azioni completamente indifferenti, ma se ve ne fossero, esse, sotto un certo aspetto, ci dovrebbero apparire come eguali fra di loro, senza distinzione e senza differenze. È infatti l'ideale normativo o in ispecie la norma, che introducono in esse una distinzione, che danno il criterio per valutarle in un dato modo, che fanno sorgere il contrasto fra atti buoni e cattivi, leciti e illeciti, ecc., e c'inducono a dare un significato ai nostri atti e alle nostre intenzioni e a metterle quindi in rapporto con le loro immediate conseguenze. Ciò è tanto vero che, allorquando ci sentiamo responsabili, ci riportiamo tosto, quasi istintivamente, a una norma, sulla quale la nostra condotta dovrebbe basarsi e non importa se questa norma provenga dalla nostra coscienza o ci venga imposta dal di fuori. Nè la nostra propria coscienza, nè la coscienza altrui potrebbero elevarsi a giudici di un dato atto, nè potrebbero sentirsi indotte a ricercarne l'autore, se mancasse il criterio per valutarlo.

§ 241. — Con la norma in ispecie o l'ideale normativo, in genere, si completano gli elementi costitutivi dalla responsabilità. Di questi elementi, i primi si rife-

riscono al modo come i processi del volere si determinano, quest'ultimo si riferisce invece al modo come si *devono* svolgere. Quelli costituiscono ciò che si potrebbero chiamare la capacità volitiva; l'ultimo costituisce la guida di tale capacità, la forma del suo orientamento nell'interno della coscienza e nella vita sociale. La capacità volitiva è infatti l'insieme delle condizioni che rendono un individuo capace di volere e di volere in modo autonomo; onde la sua responsabilità cresce o diminuisce secondo che quelle condizioni esistono o non esistono in maniera completa. Ma siccome tale capacità non acquista valore se non per opera di una norma, che ne guidi l'attività, così avviene che, correlativamente, la responsabilità cresce o diminuisce secondo che sono più o meno precisi, più o meno impellenti, più o meno perentori i comandi della norma.

Da ciò la connessione fra tutti gli elementi costitutivi della responsabilità. L'ideale normativo o la norma propriamente detta, pongono un motivo all'operare umano e perciò solo provocano un concentramento d'energia volitiva e una più chiara coscienza dei propri atti, quindi un più vivo sentimento della propria libertà. E quando più elevato è il fine, tanto più questi effetti si conseguono, poichè maggiormente esso attrae ed armonizza tutte le energie della coscienza e ci comunica la forza di dominarle e di dirigerle. Onde tanto più noi siamo padroni di noi stessi, quanto più vivo è in noi il sentimento del dovere. Ma, d'altra parte, è con la coscienza e con l'autonomia del volere che si presenta nel nostro interno la possibilità di una scelta fra i motivi dell'operare; e più tale coscienza si accresce, più tale scelta diventa attuabile. E con la possibilità della scelta, spunta la possibilità di un fine e quindi di un criterio di valutazione. La forza regolatrice della norma scaturisce innanzi tutto da questa possibilità di scelta, è il prodotto della nostra coscienza, non di un

fattore esterno. Con ciò non vogliamo negare l'influenza grandissima che può avere il comando proveniente dal di fuori; solo non bisogna mai perdere di vista che esso opera in quanto già trova nelle coscienze le predisposizioni determinate dal modo stesso come si sviluppano i processi del volere. È per opera di queste predisposizioni che l'elemento esterno può essere assorbito ed assimilato per guisa da operare come un vero e proprio elemento interno. Il comando esterno, in altri termini, può operare nel nostro interno in quanto riesce ad incastrarsi nel nostro mondo dei fini, in quanto la volontà l'accetta come un motivo d'azione.

§ 242. — Perchè poi la responsabilità si presenti in tutta la pienezza della sua manifestazione e si abbia il sentimento specifico, che la caratterizza, occorre che il rapporto fra questi elementi si stabilisca in un certo modo, e cioè si annunzi un qualche conflitto fra la possibile determinazione del volere e l'osservanza della norma. Finchè la norma viene osservata automaticamente, la coscienza della propria responsabilità non si desta, giace in certo qual modo assopita; essa invece si desta non appena apparisce la possibilità di un conflitto fra la norma e l'osservanza e diventa più viva a misura che il conflitto si acuisce, per raggiungere il suo massimo allorchè una infrazione si produce. Di modo che la responsabilità corrisponde sempre al grado di disarmonia, di disequilibrio che la violazione o la possibilità della violazione tende a produrre e quindi è in rapporto con la reazione della coscienza e della norma per il ristabilimento di essa. La violazione o la semplice possibilità di essa, mentre mette in rilievo il dovere di osservanza, mette in rilievo anche il dovere ad esso correlativo di rispondere per la non osservanza. Vi è perciò qual cosa di vero nell'affermazione che l'ingiustizia sia una delle cause generatrici del diritto; essa, sotto un certo aspetto, può anche considerarsi quale

causa della responsabilità. La violazione si riflette sulla stessa coscienza del violatore e anche le scuse, con le quali egli cerca di giustificarla di fronte a sè stesso, sono una riprova del sentimento di responsabilità.

§ 243. — Tutti gli elementi finora esaminati sono necessari perchè si abbia lo responsabilità; onde la responsabilità manca se uno di essi viene meno e varia col variare di essi. E siccome questi elementi possono dividersi, in fondo, in capacità volitiva e criterio di valutazione determinato dalla norma; così la responsabilità varia secondo che varia la capacità volitiva o la norma. Nel primo caso si hanno i gradi della responsabilità, nel secondo le forme della responsabilità.

Il grado di responsabilità è infatti proporzionato al grado di capacità volitiva, cioè al complesso degli elementi, onde risulta la coscienza dell'atto, il potere di previsione, l'autonomia del volere. Così, la responsabilità è minore quanto minore è la coscienza e la volontà dell'atto e minore il potere di prevederne le conseguenze immediate, o minore è l'autonomia del volere; è maggiore quanto maggiore è la coscienza e l'autonomia del volere e l'atto e rivolto al conseguimento dell'effetto voluto. La responsabilità viene meno del tutto se manca la coscienza o la volontà dell'atto o l'autonomia del volere.

Questa scala della responsabilità si rinviene quasi immutata in tutte le forme, che la responsabilità assume, onde è di queste ultime che occorre ora occuparci, poichè fra esse troveremo il genere di responsabilità, che più direttamente interessa i nostri studi.

CAPITOLO VII

Le forme delle responsabilità.

SOMMARIO. — 244. Le due forme precipue. — 245. La responsabilità sociale. — 246. La responsabilità politica.

§ 244. — Come abbiamo detto, le forme della responsabilità variano secondo che variano le diverse norme, che regolano la condotta umana, risultando la responsabilità da una specie di sintesi fra gli elementi psichici, onde scaturisce l'atto e la norma, che impone ad esso una legge. Si possono avere quindi tanti generi di responsabilità, quante si hanno categorie di norme. Più che veri e propri generi, queste diverse forme sono piuttosto le diverse specie di un genere unico, poichè si basano tutte su di un fondo comune, che è la condotta umana ed hanno tutte un comune fondamento etico. Le distinzioni quindi hanno anche quì, più un carattere empirico anzi che filosofico.

Una prima distinzione è quella che si determina correlativamente al carattere interno o esterno delle norme, secondo cioè che le norme si rivolgono all'intenzione o all'azione. Nel primo caso si ha la responsabilità *morale* o *etica* in senso stretto; nel secondo, una forma complessa che si rotrebbe chiamare *responsabilità sociale*. Nella prima, l'atto viene sopra tutto valutato in base all'intenzione dell'agente ed è valutato secondo i criterii della norma o dell'ideale etico. Una tale valutazione abbraccia tutti gli atti del volere, tanto quelli che si sono estrinsecati di fronte agli altri uomini, quanto quelli che sono rimasti nell'interno della coscienza. Così, possiamo sentirci responsabili per una deliberazione non ancora eseguita, per un cattivo proposito, per un pen-

siero immorale, che la volontà non scaccia dalla nostra mente. Con ciò il lato esterno della condotta non viene trascurato nella determinazione della responsabilità, poichè nell'uomo, essere sociale, non si può mai interamente prescindere dalla considerazione dell'atto e delle sue conseguenze sugli altri uomini; ma la valutazione di questi dati esterni è sempre subordinata alla natura dell'intenzione e serve più che ad altro, quale un mezzo per interpretare il movente interno e per completare il giudizio, che su di esso si porta.

Nella seconda forma di responsabilità la parte precipua è invece costituita dall'atto esterno e dalle sue incidenze, in quanto l'atto acquista una importanza per sè stante e diventa condizione fondamentale per il raggiungimento di scopi comuni di cooperazione e di solidarietà sociale. In tal caso quello che occorre è che l'individuo compia o si astenga di compiere quei dati atti, cooperi in quel dato modo per raggiungere quei dati effetti e si prescinde quindi dall'*animus*, onde può esser mosso l'agente che li compie. Ma, se nella prima forma non si trascura completamente l'atto esterno, in questa seconda non si può neppur trascurare completamente l'intenzione, poichè, se per un verso l'intenzione si completa nell'atto esterno, questo, in tanto ha valore per il problema della responsabilità, in quanto è mosso o si suppone mosso da una determinata intenzione. Solo che in questa seconda forma l'attenzione si rivolge a preferenza all'atto esterno e questo costituisce la base del giudizio valutativo; la ricerca dell'intenzione è un mezzo per interpretare l'atto allorchè esso presenta carattere equivoco. Così, nel caso dell'omicidio, noi ricerchiamo l'intenzione dell'agente poichè l'atto può essere interpretato in diverso modo, può trattarsi, ad esempio, di un omicidio per legittima difesa, di un omicidio provocato, o a scopo di furto, o per vendetta ecc.; non la ricerchiamo invece nella firma di un contratto

regolarmente stipulato, allorchè non sorge alcuna contestazione sulla sua validità; come non la ricerchiamo tutte le volte che l'atto si adegua esternamente alla norma.

§ 245. — Ma ciò che abbiamo chiamato responsabilità sociale non è che la denominazione generica di un certo numero di specie, che possiamo distinguere con le denominazioni di *responsabilità sociale in senso stretto* (per mancanza di altro termine), di *responsabilità politica* e di *responsabilità giuridica.* Esse sono in relazione a tre categorie diverse di norme o di fini, onde l'operare umano viene diretto nelle diverse forme dei rapporti sociali e quindi si riferiscono alla diversa prevalenza dell'elemento esterno o al diverso carattere che questo assume.

La prima di queste forme si collega con le norme del costume. Il carattere esterno di questa forma di responsabilità viene chiaramente indicato dal detto comune: *l'uomo si conosce dalle maniere*, quasi che a queste appunto si riducesse il valore sociale dell'uomo. Ma siccome l'elemento intenzionale non è del tutto escluso dalle norme di questa categoria, così avviene che per gli atti di questo genere possiamo sentirci in dovere di rispondere, non solo della conformità esterna, ma anche dell'animo per cui s'è determita. Così, la distinzione fra l'atto di cortesia compiuto per gentilezza d'animo e quello suggerito da un movente interessato, implica una forma di valutazione che ci porta nel dominio della responsabilità morale.

Del resto, le stesse apparenze dell'atto non possono non assumere un colorito diverso in rapporti così intimi, a misura che varia la natura dei moti interiori e l'indole delle persone; perciò gli atti di questo genere concorrono in varia guisa e con effetti diversi, secondo l'indole dei moventi, onde furono determinati, a quell'armonia di sentimenti, che in molte sue parti il costume si propone di conseguire.

§ 246. — Un carattere esterno più marcato presenta la responsabilità politica, a causa sopra tutto della importanza che nel dominio dei rapporti politici assume la considerazione del successo buono o cattivo. Infatti, ciò cui direttamente si mira, o almeno si mostra di voler mirare, con l'azione politica, è l'interesse o la convenienza pubblica. Gli atti vengono quindi giudicati da un punto di vista esteriore, cioè rispetto agli effetti che producono per il conseguimento di quei fini. La qualità del successo diventa allora criterio preponderante di valutazione e le azioni acquistano valore diverso secondo il risultato ottenuto.

Certo il criterio del buono o cattivo successo è quello che domina rispetto, in genere, a tutti i rapporti esterni, ma in questo caso acquista uno speciale rilievo. Si deve rispondere di ciò che si è fatto, non in base alle intenzioni, ma agli effetti conseguiti. La dottrina, eticamente insostenibile, che assume il fine a criterio giustificatore dei mezzi, non poteva sorgere che in questo campo.

Questo ci fa comprendere che qui l'atto acquista un valore per sè stante e viene giudicato secondo il modo come si è prodotto e per gli effetti, che ne sono derivati, a prescindere dalla intenzione, onde poteva essere mosso l'agente. Onde la massima che l'uomo va giudicato dai suoi atti, intesa in un senso un po' ristretto, acquista un peso speciale nel dominio della politica e ispira il criterio della benevola aspettativa e il principio di mettere gli uomini al cimento, che tanta influenza esercitano sulla dinamica dei partiti politici.

Parrebbe quindi che l'elemento intenzionale sia relegato in seconda linea nella valutazione di questa forma di responsabilità, se non escluso del tutto quasi come elemento estraneo e perturbatore, come apparisce dall'accusa di voler fare il processo alle intenzioni, che i partiti spesso si palleggiano o dall'affermazione che nella

politica non vi è posto per i casi di coscienza e che quel che conta è il fatto compiuto.

Ma nel fatto non avviene poi sempre così, poichè nel dominio della politica non ci troviamo di fronte a vere e proprie norme, ma di fronte a regole e a massime in vario senso formulate ed intese e ciò non può non provocare un riferimento ai criterii, ai quali gli uomini s'ispirano nel compiere quei dati atti e quindi alle loro intenzioni buone o cattive. La lode e il biasimo, che sono armi potenti in questa zona di rapporti, invadono facilmente il dominio delle intenzioni, a causa dell'importanza stessa che assume l'atto. Essendo infatti gli atti politici sommamente importanti per tutta una collettività, la valutazione di essi tende sempre ad assumere un carattere estensivo e vuole avvolgere l'atto sotto tutti suoi aspetti e in tutti i suoi moventi. Inoltre per la complessità stessa dell'ambiente, in cui l'agente opera, i suoi atti possono produrre effetti disparati, ora buoni e ora cattivi, e ciò può indurre a ricercare, non solo gli scopi palesi, ma anche gli scopi reconditi, a cui quegli atti sono diretti e a valutare anche la natura intima dei moventi. Una politica immorale, ad esempio, se può da un lato arrecare alcuni vantaggi, può riuscire immensamente dannosa da tanti altri lati, onde viene spontaneamente la domanda: sono morali gli scopi ultimi e i mezzi con i quali si vogliono conseguire? Ad ogni modo poi, siccome lo scopo vero della politica non potrebbe essere se non il pubblico bene, è inevitabile che le azioni di coloro che operano per conseguirlo siano valutate anche rispetto ai moventi, potendo il buono o cattivo successo dipendere in molta parte dai criteri da cui l'atto venne ispirato e diretto.

Per tutte queste ragioni, il carattere in apparenza spiccatamente esterno della responsabilità politica, non esclude la valutazione degli elementi interni. Certo, il successo buono può confondere il senso morale e atti-

rare tutta l'attenzione sul fatto esterno; ma l'insuccesso opera spesso quale un reagente e mette in rilievo tutta la rete dei motivi intimi. E anche lo stesso buon successo, a misura che il tempo passa e i sentimenti di ammirazione e di maraviglia s' indeboliscono, perde a poco a poco la sua potenza fascinatrice e comincia ad essere analizzato. E in quest' analisi la valutazione si porta irresistibilmente anche sugli elementi interni. Gli è perciò che la responsabilità politica viene assai spesso meglio valutata dai posteri, e la storia universale è per essa il tribunale universale.

CAPITOLO VIII

La responsabilità giuridica.

SOMMARIO. — 247. Suo carattere esterno. — 248. Diverso valore degli elementi interni. — 249. La responsabilità penale. — 250. La responsabilità civile. — 251. Connessione tra sanzione e responsabilità. — 252. I requisiti della responsabilità.

§ 247. — È nella responsabilità giuridica che l'elemento esterno acquista il rilievo più marcato, poichè, come già sappiamo, la norma giuridica si propone, sopra tutto, di determinare una coordinazione di atti e prescinde, di regola, dalle intenzioni. Il suo compito è quindi quello di regolare la condotta esterna e non può chiamare gl' individui a rispondere, se non di quella parte della loro esterna attività, cui si rivolgono o possono rivolgersi i suoi imperativi.

La norma giuridica è inoltre una norma completamente obbiettivata, che raggiunge il grado più alto di perfezione formale e vuol essere obbedita nella forma in cui apparisce, nel modo come è stata emanata, o

implicitamente riconosciuta dal potere politico, e perciò non permette libertà d'interpretazione e d'iniziative da parte di coloro, che devono osservarla; onde, di regola, non sono possibili in essa quelle oscillazioni di criterii e di principii, che possono condurre ad una valutazione degli elementi interni. La valutazione non può allora basarsi se non sul grado di corrispondenza fra l'atto esterno e la norma; e l'atto apparisce pienamente legittimo quando vi corrisponde, indipendentemente dalle intenzioni, che abbiano potuto determinarlo.

§ 248. — Certo la valutazione degli elementi interni non è completamente esclusa neppure in questo caso; ma è, per così dire, a servizio dell'atto esterno e mira a determinare fino a che punto esso si e trovato in contrasto con la norma. Perciò si presenta quando questo contrasto si produce e non negli altri casi. Ecco perchè assumono qui maggior rilievo certe distinzioni che non appariscono o appena si delineano nelle altre forme di responsabilità.

Una di qneste distinzioni si riferisce al carattere più o meno pieno della responsabilità stessa. La responsabilità piena suppone, non solo la coscienza e la volontà dell'atto, ma anche l'intenzione di conseguire un effetto contrario alla disposizione della norma. La responsabilità meno piena suppone invece, non più l'intenzione rivolta all'effetto, ma la mancanza di quel grado di diligenza dalla norma richiesto perchè quel dato effetto non si produca. Sicchè l'effetto si verifica senza un intervento diretto della volontà dell'agente, che mirava sì a compiere l'atto, ma non le conseguenze che possono derivarne. Abbiamo dunque, nel primo caso, una volontà diretta, nel secondo una volontà indiretta, cioè una volontà cho non fa debito uso del potere di previsione richiesto all'individuo normale.

Si potrebbe obbiettare che in questo secondo caso non si dovrebbe discorrere di effetto volontario, poichè

l'agente non voleva le conseguenze che sono derivate dal suo atto. Ma si risponde che, se egli non ha voluto espressamente le conseguenze, ha pertanto voluto l'atto da cui sono derivate; l'azione della volontà è indiretta, ma esiste pur sempre. Chi butta dalla finestra un oggetto pesante, il quale ferisce od uccide una persona che passa per la via, ha certamente voluto l'atto da cui quella conseguenza è derivata. E tale conseguenza va a lui addebitata appunto perchè, nel volere quell'atto, egli non fece uso del suo potere di previsione, non dispiegò il grado di diligenza, che può domandarsi ad ogni individuo normale. La norma impone appunto questa diligenza, vuole che si faccia uso del potere normale di previsione e commina le sue sanzioni per rendere previdenti. Se non si fa uso di tal potere di previsione, si risponde appunto per non aver voluto ciò che la norma imponeva. Nè vale addurre i casi di svista e di errore per escludere l'elemento volitivo da questa sfera di atti. La svista e l'errore sono conseguenza di mancanza di attenzione; sono perciò sotto il dominio della volontà o possono ricondurvisi. E la norma fa appello alle volontà perchè siano vigilanti; essa non può imporsi che alle volontà e non può operare che per mezzo di queste. Vi sono, senza dubbio, casi estremi, che mal si riconducono alle categorie basate sul caso medio; ma d'altra parte non è possibile la formazione di un caso medio senza sacrificare una quantità di casi singoli, nè può la norma individualizzarsi fino al punto da perdere ogni obbiettività. Del resto, l'imposizione del caso medio costituisce per sè stessa uno dei più importanti mezzi educativi della volontà.

Queste due diverse posizioni della volontà sono riconosciute nel diritto col nome di *dolo* e di *colpa* ed implicano: l'uno, una intenzionale e quindi criminosa; e l'altro una non intenzionale quindi non criminosa, violazione della norma. Sono due posizioni che si presen-

tano allorchè si produce l'atto esterno che dà origine alla violazione e che perciò perdono ogni valore giuridico allorchè non vi è atto esterno pienamente obbiettivato.

Vi è poi una terza posizione in cui esula del tutto la ricerca dell'elemento intenzionale e degli effetti prodotti, e questa si verifica allorchè la norma vieta o impone certi atti per uno scopo di sicurezza o di utilità sociale. In questi casi è la norma che si assume il compito di prevedere e prescrive gli atti o le astensioni per agire in maniera, da evitare certi danni o certi pericoli. In questi casi basta aver voluto l'atto contrario alle prescrizioni della norma, perchè s'incorra nella responsabilità e non importa più di conoscere con quale intenzione l'atto si sia voluto. È appunto il caso della responsabilità nei reati contravvenzionali. Qui la norma non si limita ad imporre un grado generico di diligenza, abbandonandosi al potere di previsione dell' individuo normale; ma fissa il genere e il grado di diligenza.

§ 249. — Un' altra distinzione si riferisce al modo di connessione dell' atto con l' agente e abbiamo a tal riguardo la responsabilità penale e la civile.

Nel dominio del diritto penale il sentimento di giustizia e il bisogno di difesa generano, come sappiamo, una speciale forma di sanzione, che si rivolge direttamente contro la persona dell'agente e vuol procurargli una sofferenza, che stia in qualche rapporto col male commesso. E questo porta una valutazione dell'atto, non solo nella sua forma esterna, ma anche rispetto ai processi del volere, onde fu determinato. Certo, l'atto esterno costituisce sempre il punto di partenza, ma non può per sè stesso fornire tutti i dati e quindi i criterî per procedere al giudizio valutativo, poichè può avere significati diversi, può essere suggerito dai moventi più disparati. Inoltre, esso spesso apparisce, non come un'accidentale manifestazione di attività, ma come una ma-

nifestazione connessa con tutta la persona, col carattere dell'agente. Il grado di responsabilità non può quindi determinarsi se prima non si determinano le connessioni fra l'atto esterno e la volontà della persona operante, che altrimenti non potrebbe neppure prodursi una proporzionalità di pena. Tale proporzionalità sarebbe infatti impossibile se, ad esempio, si ponessero sul medesimo livello, tanto gli atti compiuti intenzionalmente, quanto quelli dovuti a semplice imprevidenza; tanto quelli procedenti da un proposito deliberato, quanto quelli operati per moto impulsivo.

Gli è perciò che acquista speciale rilievo in questo campo la distinzione precedente intorno ai gradi di responsabilità e assume importanza speciale la ricerca dei motivi, del carattere dell'agente, del suo gradi di moralità, ecc. Questo riferimento all'elemento intenzionale potrebbe far ritenere che sia inesatto il criterio di distinzione fra la responsabilità morale e quella giuridica, almeno nel campo penale. Ma tale supposizione non sarebbe giustificata, poichè, anche in questi casi, deve rispondersi in quanto vi è un'azione esterna prodottasi in quel dato modo; se questa non si rivela, la questione della responsabilità non può sorgere nel dominio del diritto, mentre può sempre sorgere nel dominio della morale, anche se vi fu la semplice intenzione di compierla. Quindi in questa forma di responsabilità giuridica il ricorso all'elemento intenzionale si verifica quando si è prodotta una violazione ed è imposto dalla importanza che l'atto assume per la coesistenza e la cooperazione sociale. E in conclusione si può dire che anche in questo caso la responsabilità si delinea rispetto a un atto esterno; se questo non si fosse prodotto in quel dato modo, da trovarsi in contrasto con le disposizioni della norma, non vi sarebbe responsabilità di questo genere e non occorrerebbe alcuna ricerca degli elementi intenzionali.

§ 250. — Questo carattere esterno diventa ancor più visibile nella responsabilità civile, perchè nella sfera dei rapporti civili la norma si propone di mantenere un equilibrio puramente esterno, servendosi dell' elemento economico. Onde, quando questo equilibrio viene turbato, non infligge al violatore una sofferenza personale, ma impone un semplice obbligo di risarcimento o di restituzione. L' agente non è chiamato a rispondere con la persona, ma con gli averi, e la responsabilità in certo modo si stacca dalla sua persona e grava sul patrimonio.

In tal caso perde gran parte del suo valore la distinzione precedente fra dolo e colpa, fra la responsabilità piena e quella meno piena. Allorchè gli effetti dannosi si sono prodotti, è del danno che si deve rispondere, indipendentemente dai motivi, per cui si produsse e dallo stato d' animo dell' agente nel produrlo. Ciò non toglie che, in certi casi, anche nel dominio del diritto civile, una tale distinzione possa assumere una certa importanza; ma si tratta di casi nei quali la responsabilità civile tende ad avvicinarsi a quella penale, sia per l'importanza che vi assume l'atto, sia perchè si manifesta in esso qualche elemento, che non apparisce compensabile per mezzo della semplice sanzione civile.

Del resto, una linea netta di divisione non può tracciarsi a tal riguardo, come rispetto agli atti che possono dare origine alle due diverse forme di responsabilità, appunto perchè non può fissarsi distinzione precisa fra i caratteri delle sue forme di violazione. Secondo lo stato dei convincimenti giuridici e secondo il grado d'importanza che assumono le varie esigenze sociali, non solo nelle diverse epoche, ma anche, in senso di una medesima epoca, nei varî momenti, nelle varie combinazioni di rapporti, ora acquista maggior rilievo la persona del violatore e la responsabilità tende a subbiettivarsi; ora acquista maggior rilievo l'interesse pa-

trimoniale violato e la responsabilità tende a diventare obbiettiva; e d'altra parte la riparazione, ora apparisce possibile, ora impossibile. La responsabilità segue le vicende della sanzione e questa si adagia sullo stato dei convincimenti giuridici.

§ 251. — Da ciò si scorge la connessione intima tra sanzione e responsabilità. E questa connessione si rivela, non soltanto nel dominio del diritto, ma in tutti gli altri dominî di rapporti. Ciò si comprende quando si pensa che la responsabilità si determina rispetto ad una data norma ed implica la possibilità o il fatto della violazione; e la sanzione è il mezzo con cui la norma rende imperativo il comando. Onde la responsabilità è la condizione per l'applicabilità della sanzione e questa ne è l'effetto. Non si è soggetti alla sanzione se non si è responsabili, se cioè non si è in grado di poter rispondere della violazione; ma d'altra parte, non ci si può sentire veramente responsabili, se non in vista da una qualche sanzione. È la possibilità di questa che fa sentire tutto il peso della responsabilità, perchè fa sentire tutta la forza obbligatoria della norma.

Infatti, allorchè le norme tendono a perdere la loro forza obbligatoria, sia per l'inefficacia della sanzione, sia per l'impossibilità di applicarla, il sentimento della responsabilità diminuisce e tende a sparire. Tutte le cause che operano sulla sanzione, agiscono egualmente sulla responsabilità; onde si verifica anche qui ciò che abbiamo precedentemente notato intorno all'azione delle credenze e dei convincimenti giuridici. Così, può avvenire che si determinino responsabilità per rapporto a norme che effettivamente non esistono, ma sono ritenute come esistenti, mentre possono mancare rispetto a norme che, pur esistendo, non sono come tali ritenute.

La connessione non deve peraltro far conchiudere ad una confusione fra le due cose. La responsabilità è sempre un fatto subbiettivo, anche nelle sue manife-

stazioni più obbiettivate e non può concepirsi se non in rapporto con l'atto dell'agente; mentre la sanzione è il fatto obbiettivo, come obbiettiva è la norma onde discende. La prima ha le sue radici nella coscienza e su di essa si ripercuote e vuole adeguarsi alla capacità del volere. La seconda è invece fissata dal comando obbiettivo e rimane irrigidita in quelle date forme, fino a tanto che un nuovo comando non la modifica. Indubbiamente questa rende possibile la prima, poichè, senza la sanzione una responsabilità non potrebbe determinarsi; ma se la rende possibile, non significa che la faccia sorgere, però che, senza l'atto del volere, manifestatosi in un dato modo, non vi sarebbe responsabilità. Si verifica quindi anche a tal riguardo quel connubio fra l' elemento normativo e la volontà, che abbiamo notato in tutto il dominio dei rapporti giuridici.

Da questo connubio scaturisce in tal caso la condannabilità, la quale è appunto la possibilità di una specie di sintesi fra la responsabilità e la sanzione; e infatti una specie di sintesi è la condanna per cui la sanzione si applica alla responsabilità. Il giudice che condanna, mentre da una parte pesa, analizza, valuta la responsabilità; dall'altra, cerca la sanzione più appropriata e più rispondente al grado di responsabilità constatato e finalmente adegua l'una all'altra. Dal modo di adeguazione da questa a quella dipende la giustizia della condanna.

§ 252. — Guardando ora da un punto di vista sintetico la responsabilità giuridica, possiamo dire che a due si riducono i suoi requisiti fondamentali.

Il primo requisito della responsabilità giuridica è l'esistenza di un *atto illecito*. L' atto illecito, giuridicamente parlando, è un atto esterno, sensibile, oggettivo, posto in essere in opposizione a un comando giuridico. Esso può essere positivo o negativo, secondo che

consiste in un'azione o in una omissione contraria alle disposizioni della norma. Il secondo requisito è che l'atto sia *voluto,* in modo autonomo e cosciente, dall'agente e che perciò questi sia capace di volere e di spiegare un determinato potere di previsione. E quindi non importa, perchè si abbia la responsabilità generica, che egli abbia voluto direttamente la conseguenza immediata del suo atto.

I giuristi ci parlano anche di un altro requisito essenziale, cioè delle lesione di un interesse, del danno prodotto dall'atto; ma il danno non costituisce un requisito a parte, esso viene compreso nel concetto di atto illecito. Infatti un interesse non può venir leso giuridicamente, se non quando è violata la norma che lo protegge.

Da ciò si desume che non può esservi responsabilità allorchè manca la cosciente volontà di un agente o allorquando non esiste una violazione della norma.

CAPITOLO IX

Le trasformazioni della responsabilità.

§ 253. — La natura della responsabilità, non solo dal punto di vista giuridico; ma anche dal punto di vista sociale in genere, non può essere pienamente compreso se non dopo un rapido sguardo alla sua evoluzione a traverso la storia. Questo rapido sguardo suppone la cognizione di fatti, nei quali dovremo in seguito

intrattenerci e che perciò qui indicheremo per semplici accenni.

Nelle società primitive a tipo gentilizio (sarebbe impossibile e anche inutile risalire a epoche più remote) gl'individui si mostravano collegati in gruppi così strettamente congiunti da vincoli di parentela e da credenze comuni, da costituire quasi un tutto inscindibile. Essi perciò non avevano valore se non in quanto membri di tali organismi e la loro coscienza veniva in certo modo assorbita e spariva in seno del gruppo. Fuori del gruppo l'individuo era nulla, la mancanza di sviluppo psichico impediva la formazione di personalità autonome e il sentimento della propria personalità. Onde la coscienza traversava allora un periodo di confuso subbiettivismo, che fondeva quasi in un tutto le coscienze degl'individui aggregati: l'intenzione propria di ciascun individuo non apparisce diversa da quella degl'individui che lo circondano. Le coscienze si sviluppavano in certo modo alla superficie, riducevano la loro attività alla formazione e alla riproduzione di quella patina esterna, diciamo così, che valeva a mantenerle in comunicazione e a coordinarle fra di loro come un sol tutto. Finalmente, la ristrettezza e la monotonia dell'ambiente, in cui la ripetizione assumeva il sopravvento di fronte a ogni tendenza innovatrice, impedivano un adeguato sviluppo del potere di previsione e della cosciente autonomia di volere. Tutto era abitudine o tendeva a diventare abitudine, e l'abitudine riduce o sopprime la coscienza dell'atto. Sicchè si può dire che mancavano allora gli elementi interni, onde risulta il fatto e il concetto della responsabilità.

E anche la norma era ancora una formazione confusa ed embrionale, in cui erano amalgamati tutti gli elementi, che dovranno servire in seguito di base alle varie categorie di norme. Ma questa fusione infonde ad essa il massimo di energia e di efficacia, poichè in

tal modo può avvolgere tutta la coscienza e tutte le manifestazioni della condotta. Allora non si può parlare di coazione esterna; la norma opera a preferenza quale forza interna, quale abitudine, quale istinto e viene obbedita senza che quasi se ne senta più la pressione. Essa avvolge l'individuo come l'aria che lo circonda e perciò viene obbedita senza difficoltà, anzi non potrebbe non essere obbedita. Lo sforzo in certo modo si richiede per non osservarla anzi che per osservarla, onde la violazione diventa quasi un fatto patologico.

Si capisce che di fronte a norme che operano in questo modo, non vi è posto per le deliberazioni ponderate, per i contrasti, che mettono in rilievo la libertà del volere; come non sono neppur possibili le distinzioni fra l'atto e i moventi, fra l'adeguazione esterna con gli atti e quella interna con i fini.

§ 254. — Data questa condizione di cose, il vero sentimento della responsabilità non può svilupparsi nell'interno del gruppo. A causa di quell'intima fusione che è quasi assorbimento delle singole coscienze in una coscienza comune, mancano le condizioni per uno sviluppo della responsabilità dei singoli. La responsabilità del singolo sarebbe, in certo modo, come la responsabilità di un organo di fronte agli altri organi di un medesimo organismo biologico; una responsabilità di nome, figurata, non di fatto. Ciò che i nostri concetti moderni chiamiamo la punizione del violatore, era allora una semplice reazione del gruppo contro l'azione violatrice. Essa tendeva a prescindere da ogni valutazione dell'elemento intenzionale. Era l'atto per sè stesso che doveva interessare, nelle sue conseguenze esterne, nelle sue manifestazioni tangibili, nel nesso causale obbiettivo. Inoltre lo stato di subbiettivismo che allora traversano le coscienze, non può permettere una chiara distinzione fra un mondo interno e un mondo esterno, fra l'intenzione e l'atto, poichè ogni manifestazione

esterna apparisce prodotta da una volontà corrispondente, anche le manifestazioni di cose inanimate appariscono quale prodotto da una volontà.

La responsabilità tende perciò ad assumere un carattere obbiettivo; ma si tratta di un obbiettivismo quasi incosciente, a base antropomorfica, per cui si prende a criterio di spiegazione del mondo esterno il proprio mondo interno. A tal riguardo non si può parlare di subbiettivismo e di obbiettivismo con i concetti che ne abbiamo ora, ma piuttosto di una massa caotica di stati d'animo, in cui una distinzione non si rende possibile, quantunque l'atto esterno come più facilmente percepibile, fornisca il solo criterio misuratore. Il fatto esterno è per sè solo prova di una corrispondente intenzione. Così, il carattere obbiettivo che allora assume la responsabilità, per cui non si fa distinzione fra gli atti intenzionali e quelli accidentali e si rendono responsabili anche le bestie e le cose, non è, come si potrebbe pensare, effetto di una completa obbiettivazione della norma, ma è invece conseguenza del fenomeno contrario, l'attribuzione di una intenzione corrispondente all'effetto.

Questa forma indistinta di responsabilità a base obbiettiva è poi vivamente favorita dal predominio degli elementi emotivi, che si afferma tanto più energico, quanto più basso è il grado dell'intellingenza. Si sa come il sentimento sia per sua natura invadente, dilagante, proclive ad espandersi, e colmare le distanze, a cancellare le distinzioni. Il bambino che percuote l'oggetto inanimato è l'esempio caratteristico della forma diffusiva che l'emotività assume in tali casi. Perciò, in questo stadio di sviluppo, la causalità esterna, meccanica, apparente, sarà trasportata nel dominio delle intenzioni.

§ 255. — Questo medesimo ordine d'idee e di sentimenti si rivela nei rapporti fra i gruppi, ove la responsabilità diventa collettiva, responsabilità di gruppo.

È questo un altro dei caratteri della responsabilità in tale stadio.

Il gruppo costituisce un tutt'uno, quasi una sola individualità con un'anima sola; onde non si riesce ad isolare l'azione dei singoli da quella del gruppo cui appartengono. Ciò che fa uno di questi si suppone fatto dal gruppo, e si ritiene come pienamente giustificato che il gruppo debba risponderne, o per esso, qualunque dei suoi componenti. Qui non opera soltanto l'azione espansiva del sentimento, che tende ad avvolgere in una sola responsabilità il maggior numero possibile di persone, per fornire uno sfogo più pronto e più completo al bisogno di vendetta; e neppure la sola azione dell'interesse materiale, che può venire più agevolmente soddisfatto quanto più grande è il numero delle persone che devono rispondere: ma opera sopra tutto il carattere indistinto che allora assume la responsabilità a base obbiettiva. Quelle due prime cause, certo molto importanti, possono esercitare un massimo di azione in conseguenza appunto di quest'ultimo carattere, per cui si presuppone sempre e non si ricerca la corrispondenza fra l'atto e il volere. Onde la responsabilità di gruppo non può essere intesa nel modo come ora noi possiamo intendere una responsabilità collettiva. Essa infatti non si preoccupa di conoscere se esiste un qualche legame intenzionale fra l'azione dell'uno e quella dell'altro membro del gruppo, ma lo ritiene esistente per il semplice fatto dell'appartenenza al gruppo.

Infine la responsabilità, tanto nell'interno del gruppo che nei rapporti fra i gruppi, non poteva d'altra parte acquistare forme determinate, essa doveva necessariamente assumere una forma globale e indistinta, perchè indifferenziate sono le categorie di norme in questo periodo e fuse in una amalgama eterogeneo, che è il costume primitivo. La responsabilità quindi non poteva essere che unica, poichè unica poteva essere la forma

di valutazione determinata dal costume; non responsabilità morale, o giuridica, o politica, ecc., ma responsabilità sociale in genere, che sorgeva in conseguenza di una qualunque infrazione delle pratiche tradizionali ciecamente e quasi istintivamente seguite. In questo stadio adunque non vi sono nè gradi, nè forme di responsabilità. La responsabilità è indistinta e inscindibile.

§ 256. — Ma tali caratteri a poco a poco si trasformano a misura che le convivenze si evolvono, e quindi a misura che si determinano le capacità volitive e i piccoli gruppi si dissolvono in seno di aggregati più vasti.

A misura infatti che le coscienze si evolvono e diventano atte a sviluppare e ad accumulare una maggior somma di energia psichica, cessano di essere semplici organi recettori e ripetitori, e cominciano a produrre sintesi mano mano più innovatrici e più profonde, capaci di rompere quella patina superficiale, che unisce quasi meccanicamente le coscienze. In altri termini, le formazioni autonome diventano più frequenti e gl'individui sentono il bisogno di staccarsi da quel tutto meccanico, al quale sono strettamente legate e di vivere una propria vita psichica. Un tal bisogno prima vagamente sentito, poi mano mano più chiaro e impellente, mentre induce ciascuno ad affermare la propia autonomia di fronte al gruppo, conduce anche a riconoscere negli altri un bisogno consimile.

Il processo di trasformazione è necessariamente lungo, lento, secolare; si determina, prima nelle individualità più spiccate, più ricche di energia psichica; ma a poco a poco si generalizza con l'educazione, con l'esempio, con gli stimoli sociali. Ogni individuo comincia a sentirsi centro autonomo di vita psichica e a comprendere il distacco, la distinzione fra un mondo interno e un mondo esterno.

Con lo sviluppo delle coscienze è connesso il fenomeno della divisione del lavoro sociale, che suppone appunto diversità di attitudini e, alla sua volta, le stimola, rendendo più chiari e più precisi gli scopi da conseguire. Con ciò, non solo le individualità possono più facilmente arricchirsi ed affermare la loro autonomia, ma si moltiplicano anche e si differenziano i criteri di valutazione, per cui si concepisce anche una valutazione autonoma dell'atto per sè stante rispetto agli scopi specifici da conseguire.

Arrivati a questo stadio di sviluppo, il nesso meccanico sul quale il gruppo si era fondato, doveva a poco a poco scomporsi per dare origine a formazioni organiche di carattere cosciente, promosse, più dalla verità delle tendenze, che si completano, anzi che dalla uniformità degli istinti e delle credenze. Onde diventava percepibile una cosciente determinazione del volere, una chiara previsione delle conseguenze immediate del l'atto, un'autonoma estrinsecazione della volontà. Con ciò gli elementi interni della responsabilità erano dati. Il vago subbiettivismo, onde le coscienze erano quasi meccanicamente congiunte, era vinto, si frangeva, a così dire, in tanti subbiettivismi individuali; mentre, d'altro lato, l'apprezzamento puramente obbiettivo deldell'atto cedeva il posto alla valutazione dell'elemento intenzionale. E così, a poco a poco, tutto un rivolgimento si produce nel modo di concepire la responsabilità. Non cessa per questo di esistere una distinzione fra la responsabilità nell'interno del gruppo e quella nei rapporti fra gruppi; ma, in entrambi i casi, la responsabilità tende ad assumere un altro carattere e ad informarsi a criteri diversi.

§ 257. — Nell'interno del gruppo, la valutazione l'atto, unica da principio, si scinde in una doppia valutazione: valutazione dell'elemento interno e valutazione delle conseguenze esterne dell'atto. Le conseguenze

esterne possono venir valutate con maggior precisione, ma non hanno più un valore assoluto, perchè l'atto allora viene collegato con la natura dei processi psichici, che lo hanno preceduto.

Questa doppia valutazione, in origine vaga ed imperfetta, si va poco a poco sviluppando, precisando, sia nell'interno di ciascuna coscienza, sia nei rapporti fra le coscienze associate. Lo sviluppo della valutazione, sotto tutti i suoi aspetti, reagisce alla sua volta sugli stessi processi psichici, onde l'atto è determinato e produce un duplice effetto: quello cioè di promuovere una forza di arresto nella reazione psichica e quello, per conseguenza, di prolungare i processi interni anteriori alla produzione dell'atto e quindi renderne possibile una maggiore complicazione e un maggiore sviluppo. Infatti la valutazione, sia che provenga dalla coscienza propria, sia che venga dalla coscienza altrui, provoca un arresto nella reazione e permette alla energia psichica, che in essa si sarebbe esaurita, di rifluire, a dir così, di diffondersi nell'interno e promuovervi processi più profondi, i processi appunto onde è costituita la *riflessione*.

Tutti questi nuovi processi, mentre hanno per effetto di renderne l'atto più cosciente, intensificano, alla loro volta, la valutazione dell'elemento intenzionale, e, in pari tempo, alimentano e sviluppano la forza autonoma del volere e quindi il convincimento nella libertà e nella responsabilità dell'agente. E così l'individuo viene gradatamente condotto a valutare la responsabilità degli atti, non solo per gli effetti esterni, ma anche per i processi interni, che li hanno preceduti.

Siccome queste trasformazioni si compiono in un numero mano mano crescente d'individui, così diventa possibile uno sdoppiamento della responsabilità e la formazione di una distinta responsabilità sociale corrispondentemente alle diverse forme di cooperazione.

Questa distinzione era resa necessaria dallo stesso sviluppo della divisione del lavoro, la quale, accanto alle coordinazioni determinate da conformismo di credenze, crea, coordinazioni determinate da un semplice conformismo di atti. Nei due casi l'atto non può più avere il medesimo valore; poichè, se nel primo caso esso vale solo come segno di un'intenzione, nel secondo caso ha un valore autonomo e diventa valutabile rispetto agli effetti che consegue.

Una tale distinzione non poteva compiersi che in modo assai lento, sia per il grado di sviluppo, che richiede nelle coscienze e nelle condizioni della vita sociale, sia perchè cause perturbatrici in vario senso operavano a confonderne i criterì. Così, è notevole l'influenza che hanno esercitato certe religioni, sopra tutto il buddismo e il cristianesimo, nell'esagerare la portata e l'importanza dell'elemento intenzionale; come è notevole l'influenza che in certe epoche ha esercitato il formalismo nell' esagerare l'importanza dell' elemento esterno. Ma a traverso le perturbazioni un differenziamento si doveva pur compiere, poichè diventava sempre più indispensabile per le esigenze della vita sociale una differente valutazione degli atti secondo gli scopi, ai quali sono diretti, secondo le forme di cooperazione che si ha in mira di conservare e di sviluppare. In uno stadio alquanto evoluto non è più possibile confondere una solidarietà d'intenzioni di fronte a un comune ideale, con una semplice corrispondenza di atti per rendere possibile una cooperazione di parti specificate.

E così sorgeva la distinzione fra la responsabilità morale e la sociale.

§ 258. — Ulteriori sviluppi delle coscienze, del processo di divisione del lavoro e quindi delle esigenze della vita in comune, dovevano condurre ad ulteriori distinzioni. Non possiamo seguirle tutte e ci fermeremo a quelle che si operano nel dominio del diritto, dove

la prevalenza dell'elemento esterno mano mano si accentua a misura che lo Stato si costituisce e le norme giuridiche si differenziano da quelle delle altre categorie, rendendo possibile un criterio di valutazione giuridica in base ai principî di giustizia, di utilità e di opportunità sociale.

Col sorgere del criterio giuridico una prima distinzione non tarda a manifestarsi fra gli atti che più direttamente o più radicalmente compromettono la compagine sociale, o vengono come tali ritenuti, onde più vivo destano il pubblico risentimento, ed atti che tale risentimento non provocano, perchè, pur trovandosi in contrasto con le condizioni di esistenza sociale, hanno o sembrano avere, una portata più circoscritta. Circa i primi, si sente il bisogno di indagarne le cause di ordine interno, i processi psichici, onde furono determinati. Ciò è conseguenza dell'interesse per l'atto e del bisogno generato dal principio di giustizia di proporzionare la sanzione ai moventi; ma anche del bisogno di prevenire o di rendere tali atti più rari. Ciò naturalmente conduceva nel dominio del mondo interno con lo scopo di una più completa valutazione dell'atto. Così la responsabilità penale assume un carattere spiccatamente subbiettivo.

E una volta che la valutazione veniva portata in questo campo, la distinzione doveva necessariamente apparire fra la volontà cattiva e la volontà imprevidente; fra la volontà diretta coscientemente alla violazione e quella che non usa o fa cattivo uso del potere di previsione. Tale distinzione doveva apparire mano mano più chiara a misura che, da un lato, lo sviluppo delle coscienze permetteva un'analisi più approfondita nel dominio dell'intenzione e dall'altro, l'importanza crescente dell'atto per le ripercussioni più numerose in ambienti più estesi e complessi, imponeva una valutazione più profonda delle cause. L'elemento della colpa si staccava così da quello del dolo.

Scoperto per tal modo l'elemento della colpa, esso doveva subire una evoluzione estesa e feconda. Il moltiplicarsi degli effetti dell'atto, mentre provocava uno sviluppo crescente del potere di previsione nelle coscienze, doveva anche provocare un affinamento del giudizio valutativo intorno all'uso di questo potere e conseguentemente doveva anche rendere più esigenti verso coloro che agiscono. La divisione del lavoro sociale, aumentando la interdipendenza fra gl'individui, moltiplicando i rapporti scambievoli, rendeva più numerose e più gravi le conseguenze dell'imprevidenza. Era naturale si diventasse più esigenti e tale esigenza non era sproporzionata, poichè le stesse cause che affinavano il giudizio, affinavano la previdenza degli uomini.

Rivolta per tal modo l'attenzione sulla colpa e sulle sue conseguenze, doveva applicarsi anche ad essa la distinzione provocata dalla natura delle conseguenze, cioè la distinzione fra le conseguenze, che appariscono irreparabili e provocano più vivo il risentimento pubblico e quelle che appariscono riparabili per mezzo di compensi di carattere patrimoniale. Nel primo caso, la colpa rimane nel dominio della personalità e quindi dà origine ad una responsabilità di carattere penale; nel secondo caso si obbiettiva nel patrimonio e diventa fonte di responsabilità civile.

L'obbiettivarsi della responsabilità del patrimonio costituisce un passo assai importante nella evoluzione della responsabilità. Ma anche ad esso non si perviene che assai lentamente, mano mano che il potere di astrazione permette di concepire il distacco del patrimonio dalla persona e a misura che il patrimonio viene considerato come qualche cosa per sè stante, capace di passare da un soggetto ad un altro, senza che muti la natura dei rapporti giuridici fondati su di esso. Questa obbiettivazione è l'effetto di parecchie cause, e anche qui, sopra tutto della divisione del lavoro, che molti-

plicando gli scambi, ha impresso al rapporto una mobilità inconciliabile col vincolo personale. L'obbiettivarsi del vincolo portava l'obbiettivarsi della responsabilità e viceversa.

Ulteriori distinzioni si sono prodotte poi nella natura della colpa, che i giuristi conoscono con i nomi di colpa contrattuale e colpa estracontrattuale, secondo la natura degli obblighi a cui si collega; di colpa grave e di colpa lieve, secondo il grado di diligenza richiesta; ed in colpa positiva (*in faciendo*) e colpa negativa (*in non faciendo*), secondo il genere di attitudine imposta all'agente.

Ma quest'obbiettivarsi della responsabilità ha dato origine ad equivoci, che hanno offuscato il concetto di responsabilità e fanno sentire il bisogno di nuove sistemazioni di fronte a nuove egigenze della vita.

CAPITOLO X

La così detta responsabilità obbiettiva.

Sommario. — 259. Non si dà responsabilità senza colpa. — 260. Raffinamento della responsabilità. — 261. In che senso si obbiettivi la responsabilità. — 262. Il principio di Paolo. — 263. Le dottrine dei giuristi. — 264. Critiche.

§ 259. — Può esistere una vera responsabilità obbiettiva, cioè senza alcun riferimento di alcun genere alla volontà e al potere di previsione dell'agente? Il concetto che abbiamo dato della responsabilità non ci permette di rispondere in modo affermativo. La responsabilità, o implica un qualche riferimento, almeno indiretto, dell'atto alla volontà dell'agente, o non è responsabilità. Io non posso esser chiamato a rispondere di quello che

non ho espressamente voluto o che non ho voluto neppure in maniera indiretta, tralasciando di usare la debita diligenza. Onde, una responsabilità che non abbia un qualche lato subbiettivo, per quanto tenue possa essere, non può esistere. Una responsabilità puramente obbiettiva è una responsabilità meccanica, che si collega all'ordine causale non a quello dei fini, è quindi contradizione.

Come è allora potuto sorgere il concetto di una responsabilità obbiettiva? Essa è il prodotto di una confusione di concetti, dovuta principalmente alla confusione di due ordini di cause distinte essenzialmente fra di loro, e cioè da una parte, un ulteriore raffinamento della responsabilità civile e dall' altra un insieme di considerazioni, che inducono a far gravare su determinate persone certi obblighi di carattere patrimoniale in occasione di avvenimenti fortuiti.

§ 260. — Cominciando dal primo, possiamo osservare che con lo sviluppo delle capacità volitive si allarga la sfera della loro azione sociale. La capacità infatti implica potere d'azione e d'influenza nella società, onde, quanto più evoluta è la capacità, maggiore è questa influenza. Sviluppo di capacità è quindi equivalente ad estensione della personalità e perciò della sua azione modificatrice o perturbatrice dei rapporti sociali. Con lo sviluppo delle capacità si sviluppano e si complicano i rapporti sociali; e questi, alla loro volta, reagiscono sulle capacità, favorendole e fornendo loro il mezzo di estendere maggiormente il loro potere sociale.

Ma l'ingrandimento della personalità nel senso sociale, significa anche crescente dipendenza mutua delle personalità le une di fronte alle altre; poichè, se l'importanza di ciascuno cresce, questo avviene, se non in senso assoluto, ma in senso relativo, a causa appunto della divisione del lavoro sociale, che tende a promuovere in ciascuno lo sviluppo di capacità specifiche. Di

modo che ogni personalità, a misura che più si sviluppa la sua azione nella convivenza, sente più vivo il bisogno del concorso di altre personalità.

A questi fatti bisogna aggiungere lo sviluppo dei sentimenti di simpatia, promossi, tanto dallo sviluppo stesso della personalità, quanto dalla crescente interdipendenza delle parti, che moltiplica i contatti e le forme di cooperazione.

Ne deriva un più profondo spirito di solidarietà, una maggiore squisitezza della coscienza etica, per cui i mali degli altri vengono da noi più vivamente sentiti, non solo come se fossero anche in parte mali nostri, ma come se avessimo anche noi contribuito a determinarli. Da ciò una sempre più estesa compartecipazione alla vita dell'aggregato e un più vivo interessamento alle conseguenze possibili dei propri atti. È naturale che una volontà che si determina in queste condizioni si ritenga, o sia indotta a ritenersi, responsabile, non soltanto di ciò che proviene direttamente dai suoi atti, ma anche da ciò, che ne proviene indirettamente, e in genere si ritenga responsabile per una serie d'incidenze tanto più estese, quanto più estesa sarà la sua capacità volitiva e la sfera della sua azione sociale. Questo modo di pensare e di sentire si determina certo nelle coscienze più evolute, ma tende a generalizzarsi con lo sviluppo della convivenza, facendo sorgere i convincimenti collettivi intorno a forme più raffinate di responsabilità e suggerendo poi le norme, che devono regolarle.

La norma infatti non può non inspirarsi a questi convincimenti, essa che, in ultima analisi, è prodotto di un convincimento collettivo. Essa perciò impone un potere di previsione, che deve anche estendersi alle conseguenze indirette dell'atto, anche alle remote, purchè possano in qualche modo connettersi con la volontà dell'agente. Nel fatto non sempre questo potere di re-

visione esisterà o potrà essere esercitato; ma la norma non deve essere un semplice riflesso del fatto, deve avere anche una portata ideale, altrimenti non può esercitare la sua azione regolatrice, stimolatrice e anche educatrice della volontà.

Per tal modo, con lo sviluppo della capacità volitiva, quindi dell'energia del volere e del potere di previsione, col crescente spirito di solidarietà, con l'azione stimolatrice della norma, la responsabilità si estende e si raffina. Ma questo non significa che essa esca dalla sfera della personalità e diventi obbiettiva in tutto il senso della parola.

§ 261. — Certo si può, fino a un certo punto, riconoscere che l'espandersi dei sentimenti simpatici, con lo svilupparsi della capacità volitiva, col complicarsi della vita sociale e col bisogno di portare sempre più l'attenzione sulle cose che ci circondano, si produca una specie di obbiettivazione dell'elemento intenzionale, nel senso che esso venga sempre più determinato da fatti esterni, da considerazioni e da impulsi meno strettamente legati al proprio io. Esso cioè si allarga verso una sfera di fatti, che sono sempre meno attinenti alla propria persona e sempre più attinenti alla persona altrui. Ma in questo espandersi e obbiettivarsi della personalità, la nostra persona rimane sempre il nostro centro di vita psichica, poichè è sempre il nostro mondo subbiettivo quello che si allarga. Se esso si popola e si arricchisce di un numero grande di elementi che provengono dal di fuori, così avviene perchè esso se li assimila, li fa proprî.

Ciò in ispecie avviene del mondo intenzionale. Esso si va obbiettivando con lo sviluppo della coscienza e della solidarietà sociale, non nel senso che muti natura o forma d'azione, ma nel senso che abbraccia una quantità mano mano più estesa di rapporti. Onde ora esigiamo da colui che entra nella vita sociale un grado

di discernimento e di diligenza immensamente superiore a quello che potevasi richiedere in altri tempi, proprio come a colui che entra in un ambiente pieno di oggetti fragili e delicati; perchè l'umana convivenza è diventata qualche cosa di questo genere. Queste nuove condizioni allargano la sfera della responsabilità, perchè domandano una più grande forza d'attenzione, un potere di previsione più acuto, una volontà più vigilante e più solerte.

L'estendersi della responsabilità non può dunque significare che a un certo punto si possa prescindere dall'elemento della colpa. Anche dove i fili, diciamo così, che congiungono le incidenze degli atti con la volontà dell'agente, diventano così sottili, da rendersi quasi invisibili, una congiunzione può sempre rimanere per opera di un grado più elevato di diligenza quale può sempre richiedersi a coscienze evolute in ambienti sociali complessi.

§ 262. — Se non che lo sviluppo della personalità e della coscienza etica produceva anche un altro fatto che con la responsabilità non ha più alcun rapporto cioè un maggiore interessamento verso coloro che sono vittime incolpevoli delle condizioni della vita sociale e dello stesso sviluppo dell'incivilimento. Questo maggiore interessamento fu principalmente provocato dallo spettacolo dei rischi cui la vita e l'integrità di un numero grande di lavoratori sono esposte, sopra tutto a causa del grande incremento delle industrie e dei mestieri pericolosi. Si sentì grandemente il bisogno di estendere con nuovi contenuti i criterî di giustizia e di utilità sociale e di dare più larga applicazione a certi principî già acquistati pel diritto. Uno di questi principî era appunto quello formulato dal giureconsulto Paolo: *secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda* (1).

---

(1) D. 50, 17, 10, Paulus, libro III *ad Sabinum*.

Questo principio, suggerito probabilmente al giureconsulto da qualche caso pratico, è capace di ricevere le più larghe applicazioni. Si può infatti pensare che l'uomo, essere eminentemente sociale, non può vivere che nella convivenza e da essa riceve la possibilità stessa di vivere come uomo e tutti i vantaggi che derivano dalla cooperazione. Ma se ne riceve i vantaggi, è giusto che ne sopporti gl'inconvenienti inevitabili e contribuisca da parte sua, nella proporzione delle sue forze morali e materiali, a lenire tutti i mali che nella convivenza si producono, non soltanto per opera involontaria e indiretta dell'uomo, ma anche per opera delle cieche forze della natura.

Ciò che ha dato occasione all'allargarsi di tale principio è stato, sopra tutto (come abbiamo detto), lo spettacolo degl'infortunî del lavoro, divenuti sempre più numerosi e più gravidi di conseguenze tristi nella vita moderna, onde sono sorte nei paesi civili leggi rivolte a tradurre in atto questi nuovi criterî. Ma il principio è suscettibile di larga applicazione e può infatti estendersi a tutte le forme di attività, che, dispiegandosi nella vita della convivenza, sono apportatrici indirettamente di danni non voluti e che perciò non possono attribuirsi a colpa di alcuno in particolare. La cooperazione più attiva, i contatti più frequenti e inevitabili, rendono tali casi sempre più numerosi. Se la cooperazione produce immensi beneficî, non è giusto che i danni, che ne derivano, vengano sopportati in proporzione dei beneficî?

Si può andare anche più oltre, pensando che il caso fortuito producente effetti dannosi, può provenire anche dalle cieche forze della natura e non essere un prodotto puramente sociale ed umano, come nel fatto di una inondazione, di un terremoto, ecc. E pure, anche in tali casi gli uomini di una convivenza si sentono obbligati a concorrere con le loro forze, in proporzione

dei proprî mezzi, a lenire le sventure prodotte di tali disastri. Nè si può dire che si tratti di obblighi puramente morali, poichè essi possono venire anche imposti per mezzo di leggi. Non vi è vera differenza fra questi e i casi precedenti, entrambe le categorie di accidenti sono effetti di una causalità naturale, che opera indipendentemente dalla volontà e in entrambe è, in fondo, identico il criterio informatore dell'obbligo. Si tratta sempre di *obblighi di solidarietà sociale od umana*, che assumono aspetti diversi, ma sono in fondo determinati da un medesimo principio di giustizia sociale.

§ 263. — Per spiegare la natura di questi obblighi e il loro fondamento giuridico, i giuristi hanno pensato ad una forma di responsabilità che si determinerebbe senza il concorso del volere e quindi senza una colpa, neppure indiretta, da parte di coloro, cui viene imposto l'obbligo del risarcimento; e ciò sia per la solita inerzia mentale, che induce a collocare i concetti nuovi entro i vecchi schemi, piuttosto che ricercare nuovi principî; sia per il fascino stesso, che esercitava il concetto di responsabilità, il quale sembrava poter risolvere con una formula unica una quantità svariata di problemi. A ciò poteva inoltre condurre, o almeno predisporre gli animi, quel processo di raffinamento della responsabilità, per cui la colpa si veniva in certo modo sottillizzando e obbiettivando nelle cose. Onde si pensò che l'uomo possa ritenersi responsabile allorchè esercita una forma di attività, che casualmente può ledere gl'interessi altrui e si credette di poter vedere appunto nella lesione dell'interesse l'elemento essenziale della responsabilità.

L'obbiettivarsi della responsabilità nel patrimonio, come avviene appunto nella forma civile della responsabilità, doveva conferire un'apparenza legittima a questa costruzione. Una volta che il patrimonio diventa responsabile e il patrimonio è una cosa inanimata, sembra naturale che la responsabilità possa prescindere dagli

elementi, che la legano a un volere cosciente e possa qnindi costituirsi indipendentemente da ogni elemento di colpa. Che importa se l'agente sia o pur no colpevole, una volta che egli deve rispondere, non più con la sua persona, ma con i suoi averi? Giacchè la persona è ormai fuori di causa, la responsabilità può ben esistere nella cosa e trovare un largo campo d'applicazione di fronte alle nuove esigenze della vita sociale. Questo ragionamento doveva naturalmente presentarsi e apparir logico a menti già predisposte a costruire sulla base dei vecchi schemi i nuovi concetti giuridici. E non si pensava che la responsabilità civile non è obbiettiva per la sua ragione di essere, ma soltanto per il modo come si determina la riparazione. Se essa può obbiettivarsi nel patrimonio, ciò avviene perchè trova in questo un mezzo adeguato per riparare le conseguenze dell'atto e non già perchè si prescinda dalla natura di questo e dalla volontà, onde è prodotto. Essa, in altri termini, è obbiettiva per la sanzione, non per la causa, onde fu determinata; non quale responsabilità, ma per rispetto al modo di riparare il danno. Quanto alla sua causa, o meglio, quale responsabilità, essa è e rimane sempre subbiettiva, cioè implica sempre un riferimento alla volontà cosciente e colpevole di un soggetto determinato.

§ 264. — A causa di queste confusioni e di questi equivoci si è creduto di poter costruire con i concetti di responsabilità questi nuovi obblighi di giustizia e di solidarietà sociale. Ma, dal concetto che abbiamo dato della responsabilità e delle sue varie forme, si desume chiaramente che una responsabilità puramente obbiettiva, senza colpa, non può esistere. Essa è una forma illogica della responsabilità, un assurdo giuridico, che ci trasporta verso le concezioni semplicistiche dei primitivi, dai quali tanto sviluppo di vita sociale e di concetti etico-giuridici, tante differenze di condizioni

storiche, ci hanno radicalmente allontanati. Essa riduce la responsabilità ad una semplice parvenza, poichè prescinde dagli elementi che ne costituiscono la specifica natura e la fa, in certo modo, evaporare nel vuoto. La responsabilità, per tal modo, non si collega più alla norma per la possibilità della violazione da parte di un soggetto, ma per un fatto estraneo, che in certo modo si sovrappone alla volontà di lui e che si produce senza il suo concorso.

E allora non si comprende più per quale ragione alcuni fatti debbano entrare nella categoria della responsabilità ed altri debbano esserne esclusi e perchè non debbano entrarvi tutti gli obblighi, di qualunque genere essi siano. Il termine di responsabilità diventerebbe inutile e sarebbe più conveniente eliminarlo dalla terminologia giuridica. Dire che io devo indennizzare un operaio che si è ferito mentre lavorava nella mia fabbrica, perchè sono responsabile di quel ferimento, è dire, nè più, nè meno, che io, in tal caso, ho l'obbligo dell'indennizzo impostomi dalla norma. Con questa differenza, che, nel secondo caso, adopero un linguaggio più chiaro e più preciso; mentre nel primo, adopero un linguaggio che può far sorgere equivoci; e il linguaggio chiaro e preciso è sempre da preferirsi.

Diventando una parvenza, la responsabilità non giustifica più nulla. Per giustificare infatti questa categoria di obblighi essa è costretta ad uscire dai concetti che la parola richiama, riportandosi a spiegazioni e a criteri, che non hanno più alcun rapporto con essi. Perchè adunque servirsi di quella espressione divenuta, per tal modo, ingombrante?

Inoltre quell'espressione, non solo non spiega la natura di quegli obblighi, ma non può neppure indicarcene la estensione e i confini. Questi obblighi possono discendere, non solo dall'azione indiretta, anzi molto indiretta degli uomini, ma anche da eventi naturali, con

i quali l'azione degli uomini non ha più nulla che vedere. Perchè e dentro quali limiti si deve ammettere un obbligo d'indennizzo? Da parte di chi deve essere sopportato? Il concetto della responsabilità non ce lo spiega.

Dobbiamo dunque recisamente uscire dalla categoria della responsabilità cd ammettere che in una convivenza civile si fanno strada nuovi obblighi imposti da un principio di solidarietà e di giustizia sociale, il quale vuole che ciascuno sopporti, nella misura delle proprie forze, gli oneri della convivenza, della quale riceve i maggiori benefizî. Gli obblighi imposti da questo generale principio, si distribuiscono poi secondo certi criterí, che naturalmente variano secondo il genere e la intensità dei rapporti sociali, secondo la natura dei contatti e le forme di solidarietà specifica, che fra gli uomini si determinano. Così, l'obbligo dell'indennizzo si determina per chi riceve i benefizî di un' impresa e a favore di coloro che, col lavoro la rendono possibile; per chi è causa accidentale di un danno e a favore di chi lo subisce, quando chi è causa del danno è in condizione di potere indennizzare e chi lo riceve ha bisogno dell'indennizzo. Come anche si determina in tutti componenti di un aggregato per un evento che colpisce gravemente e in modo irreparabile una parte di esso. Il principio dovrà naturalmente ricevere applicazioni diverse secondo la giustizia dei singoli casi e quindi secondo quei criterî di utilità e di opportunità sociale, che informano tutto il diritto. Qui non possiamo scendere ad altri particolari, poichè consideriamo il principio soltanto, sotto il quale si raccolgono e dal quale possono venire giustificate queste diverse categorie di obblighi, senza più ricorrere al concetto della responsabilità. E perciò non ci occupiamo della elaborazione tecnica di tali obblighi, i quali possono costruirsi, secondo i casi, in base al principio dell'attività preva-

lente, del rischio professionale, dell'utilità pubblica, ecc. Tale elaborazione spetta alle singole discipline giuridiche.

Se non che il principio della solidarietà ci conduce naturalmente al concetto della responsabilità collettiva, ultima forma di responsabilità, che ci resta ad esaminare.

Bibliografia. — K. Adler, *Unverschuldetes Unrecht* (Wien 1910) Rümelin, (Max, *Schadenersatz ohne Verschulden* (Tübingen 1910); Paulicek, *Ueber die Haftung für den unverschuldeten Schaden* (Wien, 1907).

CAPITOLO XI

La responsabilità collettiva.

§ 265. — Finora abbiamo considerato le trasformazioni che si operano nella responsabilità individuale e quindi nei rapporti fra gl'individui; ma non meno importanti sono le trasformazioni che si operano nei rapporti fra i gruppi.

L'apparire dell'elemento intenzionale, nella valutazione della responsabilità, doveva apportare un grande rivolgimento, non solo nei rapporti fra individui, ma anche nei rapporti fra i gruppi o fra gruppi ed individui. Ciò che propriamente si dissolveva nel vecchio gruppo era il meccanismo, la fusione meccanica; a questa si sostituiva una fusione organica, determinata da un cosciente concorso di voleri; onde si cominciava a vedere in esso un insieme di parti convergenti e solidali nelle loro attività e nei loro obblighi, in propor-

zione della convergenza dei voleri. Appariscono, in altri termini, un insieme di capacità, che agiscono ognuna in base ad una propria individuale determinazione e perciò gli atti di ciascuna non si possono più confondere con quelli delle altre o venire alle altre attribuiti. Ciò non toglie che più agenti possano concorrere alla produzione di un medesimo effetto, ma in tal caso l'effetto deve essere attribuito, non a tutti egualmente e nel modo medesimo, sì bene solo in proporzione del loro effettivo concorso.

Idee come queste, che a noi sembrano così semplici, dovevano farsi strada assai lentamente. L'azione della sopravvivenza doveva qui operare con maggiore intensità, sia perchè si tratta di un fenomeno più complesso, sia perchè il processo di trasformazione veniva turbato da un insieme di cause, che operavano in senso tutto contrario. Così, la base meccanica poteva spesso camuffarsi con le apparenze della base intenzionale. Nel ritenere infatti come responsabile tutto un gruppo, sia il piccolo gruppo della famiglia, sia l'esteso gruppo della nazione, si può sempre pensare che tutti i suoi componenti abbiano, più o meno, contribuito a sviluppare o a mantenere quell'ordine d'idee e di sentimenti, che condussero i singoli a compiere un dato atto; o che tutti potevano avere interesse o desiderio a che quel dato atto si producesse.

Oltre a ciò, interessi di vario genere, sia di ordine materiale, sia di ordine morale, potevano indurre a conservare una responsabilità a base meccanica, in cui l'elemento intenzionale esiste solo in apparenza; ad esempio, la possibilità di una più facile o più pronta o più completa riparazione, quando sono molti a dover rispondere; o la possibilità di rendere per tal modo le violazioni meno frequenti, facendo assegnamento sulla cooperazione di molti a impedirle o a scoprirle, ecc. Ma una causa molto importante è sempre l'azione espansiva

dell'elemento emotivo. Nel suo cieco processo di espansione, il sentimento non conosce confini e tende sempre a trascendere i limiti effettivi dell'intenzione, ora attribuendole una estensione non giustificata dei fatti, ora prescindendo addirittura da essa, per condurre alle forme puramente meccaniche di responsabilità.

E così possono permanere o risorgere, anche in seno delle nostre convivenze progredite, forme meccaniche di responsabilità collettiva e assumervi un massimo di intensità collettiva e assumervi un massimo d'intensità, secondo che il sentimento spira o muove. E trovano il loro supposto fondamento giustificativo nella razza, nella nazionalità, nelle credenze religiose, nell' interesse di classe, nell' ambiente deleterio, ecc. Elementi tutti ritenuti capaci di produrre, in un dato momento, una mala intenzione comune, quale una specie di *virus*, che si comunica a tutti e di cui nessuno abbia il coraggio o la volontà di liberarsi. Onde la lue eretica, la lue di razza, la lue aristocratica o democratica, e via di seguito, valgono apparentemente a giustificare tante forme di responsabilità collettiva, nelle quali il vincolo intenzionale non esiste. Il sentimento nompertanto vuole ad ogni costo rinvenirlo e lo trova.

§ 266. — È peraltro indubitato che la responsabilità collettiva a base intenzionale tende mano mano a prevalere sulle forme puramente meccaniche e trova nella crescente divisione del lavoro una delle cause precipue del suo sviluppo. Mano mano che la divisione del lavoro progredisce, si scompongono, come ho detto, gli aggregati meccanici e si sostituiscono ad essi quegli organici; la responsabilità collettiva non può non seguire le medesime vicende. Ma le forme meccaniche di responsabilità non spariscono in tutte le parti del diritto nel modo medesimo e nel medesimo tempo; vi sono alcuni dominî che rimangono, a tal riguardo, più stazionarî e sentono meno l'influsso delle trasforma-

zioni, che si compiono nelle altre parti. Così, nel diritto internazionale, il principio che la guerra si combatte fra eserciti è di data recente e non ancora pienamente attuato e l'istituto della rappresaglia, quantunque non abbia più le forze rozze e crudeli di altri tempi, rimane sempre, nel suo spirito, basato sul presupposto di una responsabilità collettiva a base meccanica.

Con l'affermarsi della responsobilità collettiva a base intenzionale, nuovi problemi si presentano. Occorre sopra tutto sapere fino a che punto i singoli componenti di una collettività sono responsabili dell'atto deliberato od eseguito in comune e se il concorso dei voleri accresce o scema il grado di responsabilità di ciascuno. Problemi gravi, che hanno un grande interesse pratico, poichè la moderna vita sociale e politica, la crescente divisione del lavoro fra gruppi aggregati, domandano il concorso di collettività, sempre più estese e solidali, la partecipazione di masse d'individui.

Ma qui non possiamo addentrarci in particolari, dobbiamo accontentarci di principî generici, lasciando alle singole discipline giuridiche l'esame specifico o le specifiche applicazioni. A tal riguardo ci può riuscire di molto aiuto la psicologia sociale, sopra tutto in quei rami che si occupano delle manifestazioni delle collettività organizzate e non organizzate, precarie o permanenti, nelle quali i contatti fra le parti diventano più vivaci e più attivi. Essa mette maggiormente in rilievo quella dinamica delle capacità, che abbiamo già osservato nella formazione della norma e mostra in qual modo l'azione delle credenze operi a dirigere, a restringere, o addirittura a distruggere l'autonomia del volere negl'individui che agiscono, sia in una folla casuale, sia in un gruppo organizzato.

§ 267. — Con la guida di queste discipline si possono formulare tre principî fondamentali a tal riguardo:

1.° come regola generale (a prescindere da eccezioni

che possono qua e là manifestarsi, più apparenti, che reali) la responsabilità collettiva a base intenzionale, a differenza della responsabilità collettiva a base meccanica, non è mai responsabilità egualmente divisa fra tutti i componenti di una collettività. E ciò perchè, quantunque tutti abbiano concorso al medesimo atto o al medesimo effetto, pure i voleri non hanno tutti operato col medesimo grado di autonomia e di discernimento. Cioè gli elementi interni della responsabilità non sono eguali nelle persone che operano in comune e la differenza si accentua a causa della intimità stessa dei contatti, onde le capacità più forti ed attive riescono più agevolmente a mettere in moto quelle credenze con le quali conquidono e trascinano le capacità più deboli. E mentre gli uni operano con maggior coscienza ed autonomia, gli altri operano quasi con atti riflessi, nei quali tutto il processo intermedio fra lo stimolo e l'azione si riduce ad un minimo, o viene del tutto soppresso.

Questo fenomeno si manifesta in tutte le collettività, quantunque in proporzioni e con gradazioni diverse; non solo nelle collettività di grado infimo, ma anche in quelle di grado elevato, composte dalle intelligenze più evolute; non solo in quelle puramente precarie o casuali, ma anche in quelle permanenti, ordinate per il conseguimento di un dato scopo. Le volontà concorrenti e cooperanti non sono mai eguali, non posseggono mai il medesimo grado di forza e di autonomia; e le differenze grandi e piccole possono essere permanenti o soltanto provvisorie, secondo le specifiche condizioni di tempo, di luogo o anche secondo le ideosincrasie passeggere. Ne deriva che il concorso dei voleri è solo apparentemente eguale, nel fatto invece è assai disparato; onde la responsabilità collettiva non può esser mai una responsabilità egualmente divisa, anche se, per necessità di fatto, per l'impossibilità di distinguere, la norma sia costretta, in certi casi, a considerarla come tale.

Si potrebbe opporre che, così intesa, una responsabilità collettiva propriamente non esiste, poichè, in fondo, si avrebbe sempre una volontà plurima, cioè un insieme di responsabilità singole quantunque variamente graduate. Ma ciò non sarebbe esatto, vi è sempre il fatto della collettività che qualifica le responsabilità singole e dal quale non si può prescindere nel determinare la responsabilità di ciascuno;

2.° la responsabilità collettiva non è mai così piena, come può essere la responsabilità individuale. È un principio comune, espresso in vario modo nei proverbi e nei detti popolari, che la responsabilità divisa è responsabilità scemata e quasi nulla. Questo principio, che certamente non vale per la responsabilità collettiva a base meccanica, trova la sua ragione di essere in quella a base intenzionale. La ragione che comunemente si adduce per spiegare questo fatto è che nella responsabilità divisa, il sentimento della responsabilità diminuisce, poichè, più grande è il numero delle persone che concorrono al medesimo atto, più la parte di ciascuno si restringe e quindi le singole personalità, in certo modo, si riducono. Ma la spiegazione è troppo generica, poichè vale, non solo per la responsabilità collettiva propriamente detta, ma anche per la responsabilità di più persone, che non operino quale collettività. E inoltre non è sufficiente, potendo queste cause che diminuiscono la responsabilità essere controbilanciate o anche distrutte da sentimenti o da credenze di altro genere, quale lo spirito di corpo o di ufficio, il sentimento di nazionalità, ecc. Infine, queste cause possono valere per la massa e non per coloro che iniziano e guidano; mentre negli uomini che agiscono in comune, quale collettività, il sentimento di responsabilità subisce una depressione in tutti indistintamente.

La spiegazione deve adunque cercarsi altrove e non può rinvenirsi che nello indebolimento della coscienza

e dell'autonomia del volere, che si producono in tutti i componenti della collettività, a causa delle credenze che si determinano in seno del gruppo operante e dell'ascendente suggestivo, che acquistano sulle stesse coscienze di coloro, che più hanno contribuito a determinarle e a diffonderle. La comune ubriacatura si comunica anche alle guide, che sono costrette a subirla, e, quel che più conta, anche con le esagerazioni e le deformazioni, che hanno subito nel diffondersi fra la massa. La forza, che esse hanno messo in moto, sfugge loro dalle mani e s'impone ad esse con tutta la potenza, che ha acquistato, diventando credenza comune;

3.° la responsabilità collettiva, non potendo assumere carattere organico e quindi imperniarsi sulla base intenzionale, se non per mezzo della divisione del lavoro, trova naturalmente il suo correttivo e la sua norma nello stesso processo della divisione del lavoro. Quanto più le funzioni si precisano entro compiti meglio definiti, tanto è più facile assegnare, in seno ad ogni collettività, il grado di responsabilità di ciascun individuo e tanto più la coscienza degl'interessi del gruppo e del posto, che essi occupano e possono occupare di fronte a quelli degli altri gruppi, nell'economia della vita sociale e politica, vale di guida e di freno alle volontà più forti e di stimolo alle volontà più deboli nell'adempimento del proprio dovere.

PARTE VII

GENESI ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO

CAPITOLO I

Criterii preliminari.

§ 268. — Le ricerche finora eseguite hanno avuto principalmente di mira il diritto in un dato momento del suo massimo sviluppo, onde si riferiscono *a preferenza* al diritto sotto il suo aspetto statico, a un momento della sua vita, astrattamente considerato. E dico *a preferenza*, perchè la vita del diritto è un continuo flusso e non può essere pienamente compresa, se si stacca dalle sue connessioni col passato e dalle tendenze che la collegano con l'avvenire. Perciò non era possibile studiare il diritto in quel dato momento, senza alcuni riferimenti alle sue trasformazioni, a quello che potrebbe chiamarsi il suo aspetto dinamico. Tali rife-

rimenti non abbiamo trascurato tutte le volte che se n'è presentata la necessità, allorchè, in altri termini, occorrevano per illuminare quel dato momento della vita del diritto.

Ma ora è invece sull'aspetto dinamico che dobbiamo a preferenza rivolgere l'attenzione; ciò che finora ha costituito un mezzo per meglio comprendere le caratteristiche del diritto in quel dato momento, deve diventare oggetto principale della nostra ricerca. Appunto perchè il diritto è un fenomeno essenzialmente dinamico, soggetto a un processo incessante di trasformazioni, occorre che ci rendiamo conto del modo come questo processo si compie.

Lo studio del diritto dal punto di vista dinamico può dare origine a due diverse ricerche. Noi possiamo innanzi tutto domandarci come si genera il fenomeno giuridico, come cioè si produce in seno dei rapporti e delle norme sociali quella lenta divisione e specificazione, per cui le norme e i rapporti di questa categoria acquistano a poco a poco quei caratteri, che valgono a differenziarli da tutte le altre norme e da tutti gli altri rapporti. In altri termini: come si produce il nascimento del diritto?

Ma, non basta conoscere come nasce il diritto: occorre anche conoscere come si trasforma, poichè noi non riusciamo a renderci pienamente conto di un fenomeno quale è quello giuridico, se non quando avremo potuto possibilmente indagare il modo che esso tiene nel suo movimento di trasformazione. Anzi, una ricerca sulla genesi implica per sè stessa una certa conoscenza delle leggi di sviluppo, mentre, d'altra parte costituisce una indispensabile preparazione per la determinazione di tali leggi. Le due ricerche dunque si completano e si presuppongono, perchè costituiscono come i due lati della vita del diritto quale fenomeno dinamico della vita sociale.

§ 269. — Nell'iniziare la ricerca intorno alla genesi del diritto dobbiamo premettere alcune osservazioni preliminari, alcuni criterî direttivi, che ci serviranno di guida e varranno ad indicare la natura e i limiti del nostro compito.

Innanzi tutto occorre notare che la nostra ricerca è diversa da quella che si propone il semplice storico del diritto. La genesi del diritto, come possiamo noi considerarla, non è vera storia del diritto, perchè la storia è descrizione e ricostruzione di fatti singolari in connessione con le loro cause, rispetto a tempi e a luoghi determinati. La ricerca sulla genesi è invece ricerca generica, che sorvola sul fatto singolo, poichè vuole a preferenza cogliere le connessioni, e perciò si occupa di esso nel solo caso in cui esso acquista valore di connessione con la generalità dei fatti. Onde, mentre la storia tende al particolare, la nostra ricerca tende al generale. Lo storico guarda da vicino tutti i fatti singolari e minuti, perchè tutti possono assumere valore per lui; noi siamo invece come l'osservatore che si pone in cima di un'alta montagna e abbraccia con lo sguardo un vasto panorama, perchè vuole rendersi conto della generica struttura oro-idrografica di una estesa regione. I particolari diventano ingombranti, perchè impediscono di cogliere il fenomeno, nel suo insieme, sono come gli alberi, che impediscono di cogliere nel suo insieme la foresta.

Noi dunque vogliamo abbracciare possibilmente il fenomeno nella sua totalità per conoscerne i caratteri essenziali e perciò dobbiamo fare appello alle forze della nostra mente molto più di quanto non sia costretto a fare il semplice storico del diritto, che è naturalmente trattenuto dall'esame e dalla descrizione dei singoli fatti, dalla ricerca delle singole norme, dei singoli istituti, ecc., in luoghi e tempi determinati ed ha innanzi a sè un orizzonte necessariamente più circoscritto.

Per lo storico del diritto inoltre il lato formale è il più importante, costituisce la parte precipua della sua ricerca; per noi il lato formale è una risultante, di cui dobbiamo cercare le cause nelle esigenze della vita sociale e nella coscienza degli uomini. E solo in queste cause possiamo scoprire l'origine di quelle tendenze e di quei fatti, dai quali poi a poco a poco scaturisce il diritto e per opera dei quali un ordinamento formale a poco a poco si costituisce e s'impone alla vita delle convivenze.

Infine, la genesi che noi dobbiamo ricercare non è una vera genesi di fatto, quale possiamo veder riconfermata in tutte le sue parti; ma è una genesi ipotetica, quale possiamo in parte intuire e in parte indurre da certi dati, da certi indizî a noi incompletamente noti, e in parte anche dedurre da certe leggi dello spirito umano e della coscienza collettiva in connessione con certe necessità della vita sociale. Già rispetto a tutte le cose le origini prime sono sempre avvolte nelle nebbie del mistero, così avviene anche dall'origine delle convivenze umane e di quelle del diritto, per cui non possiamo costruire in tutte le nostre dottrine sul terreno solido dei fatti e cercare in essi la loro conferma. Noi non abbiamo assistito, nè abbiamo il modo di assistere a una genesi del diritto; nè possiamo invocare la testimonianza di coloro, che hanno assistito alle prime e più importanti tappe del suo sviluppo, essendo che per un lungo tratto, per un tratto incommensurabile, la storia del genere umano ci è ignota e non ci potrà mai venir rivelata nella sua integrità, per quanto estese e fortunate potranno essere le ricerche nel campo paleoetnologico, filologico ed archeologico. Le tracce, gli avanzi, i residui, i frammenti, che le ricerche indefesse degli scienziati permettono di mettere in luce, sono elementi morti, dati insufficienti; essi non potranno mai rivelarci nel loro spirito, nelle loro cause più re-

condite, gli avvenimenti, dei quali costituiscono semplici indizî.

Perciò dobbiamo aiutarci con le ipotesi. La ipotesi, questo prezioso istrumento di ricerche è, come sappiamo, indispensabile in tutti i dominî del sapere e diventa, a così dire, tanto più indispensabile, quanto più complicato o inaccessibile è l'insieme dei fatti ai quali le nostre ricerche si rivolgono. Questo è appunto il caso nostro. I fatti, dei quali cerchiamo la genesi, non solo non si ripetono mai nelle identiche condizioni e nel modo medesimo, ma non lasciano neppure intuire, se non con molta difficoltà, le cause che poterono un tempo contribuire a produrli. Ma ciò non toglie che le nostre ipotesi possano avere un valore scientifico. Esse certamente lo hanno allorchè si basano su certe fondamentali tendenze del nostro spirito e su certi caratteri delle interazioni umane, costanti nella loro essenza, quantunque indefinitamente variabili nelle loro modalità. Poichè è sempre lo spirito umano, sono le caratteristiche essenziali dell'umana azione, che costituiscono l'unità della storia.

§ 270. — Da tutto questo può cominciarsi a comprendere che la genesi che noi cerchiamo non è una genesi quale possa essersi verificata effettivamente in tutti i suoi particolari, in questa o quell'altra regione della terra, presso questo o quel popolo. Come ho già detto, qui non facciamo della storia, usurperemmo un compito che non ci spetta. Le nostre costruzioni pur essendo basate sulla realtà, sono costruzioni astratte, cioè dovute a processi di cernita e di generalizzazione. Come nelle parti precedenti abbiamo cercato di costruire un momento ideale del diritto, un momento semplice, tipico, che prescinda perciò da tutta la complessa varietà dei fatti singoli e delle divergenze di ordine secondario; così dobbiamo ora cercar di costruire una genesi ideale, semplice, tipica, la quale prescinda da

tutti i processi divergenti, da tutte le varianti di ordine secondario e cerchi di cogliere nei suoi caratteri essenziali, nelle sue linee più prominenti, il processo formativo del diritto. Poichè un tal processo formativo assume per noi un duplice valore; esso non solo vale a farci conoscere in che modo il fenomeno giuridico si sia in genere potuto produrre nelle convivenze umane; ma vale anche a mostrarci in che modo esso si colleghi con certe leggi fondamentali della coscienza umana e dell'umana società; per cui, oltre ad apprenderci l'evoluzione passata, ci preannuncia in certo modo anche l'evoluzione avvenire. Così, possiamo assorgere a quella storia ideale eterna del diritto vagheggiata dal Vico.

Ma appunto perchè la genesi del diritto, così intesa, è una costruzione della nostra mente con i dati attinti alla realtà, occorre procedere molto cauti acciò non riesca una costruzione cervellotica, un prodotto meramente subbiettivo. Vi sono infatti due forme assai diverse, anzi opposte, di costruzioni mentali; quella suggerita dai nostri sentimenti e dalle nostre passioni; quella ispirata alla serena contemplazione della realtà. La prima è costruzione poetica, e il suo valore scientifico è limitato o nullo; solo la seconda ha valore scientifico in quanto e per quel tanto che riesce a riflettere le leggi della realtà obbiettiva.

§ 271. — Se non che, non dobbiamo nasconderci che una costruzione mentale obbiettiva si presenta estremamente difficile. Prima di tutto, qui si tratta di fatti umani, cioè di fatti che ci riguardano direttamente, perciò atti a stimolare le passioni, che rendono difficile o impossibile il sereno apprezzamento delle cose. I nostri credi politici o religiosi, o filosofici, sviano i nostri giudizî e inducono a contorcere i fatti o a guardarli sotto quegli aspetti, che meglio si confanno con i nostri desiderî. Questo accade per i fatti vicini e può accadere anche per i fatti lontani, che più si prestano a tali

contorcimenti. Nè è a credere che la lontananza del tempo li sottragga alle nostre passioni o alle nostre idee preconcette, poichè i credi determinano certe specie di *formae mentis,* che si portano da per tutto, o quello spirito di sistema, che induce a voler trovare da per tutto la conferma delle proprie dottrine. Così, se in altri tempi, sotto l'influenza di certi credi religiosi e delle tradizioni bibliche acquistò valore la dottrina che faceva cominciar l'umanità col patriarcato; certe nuove dottrine videro per tutto il governo delle donne nelle primitive formazioni di vita sociale. I seguaci del così detto materialismo storico ci diedero costruzioni non meno fantastiche di quelle che si erano formate sotto l'influenza dei credi precedenti.

Tutto ciò ci fa comprendere che in tali ricerche dobbiamo procedere con la massima circospezione e con la massima prudenza, contentandoci dei risultati modesti piuttosto che correre il rischio di abbandonarci alle fantastiche costruzioni.

§ 272. — Oltre a ciò abbiamo le difficoltà che provengono dalla determinazione delle cause. Certo ora non godono più grande credito le dottrine che accordavano un valore straordinario all'azione dei rivolgimenti improvvisi o delle grandi personalità e che ritenevano potersi le trasformazioni sociali e giuridiche compiersi a salti improvvisi. Un senso storico più giusto e più generalmente diffuso, anche per l'influsso che a tal riguardo, hanno potuto esercitare i nuovi metodi di studio e di ricerca nel dominio delle scienze naturali e la dottrina del lento accumularsi delle piccole cause, renderebbero impossibili le vedute unilaterali e anti-storiche di altri tempi. Ma ciò non toglie che reazioni ed esagerazioni in un senso o in un altro si producano, impedendo per un verso o per un altro, una percezione completa e obbiettiva dei fenomeni, massime quando si trasportano nel nostro dominio criteri e metodi provenienti da altre discipline.

A tal riguardo occorre superare con la mente, con una più serena osservazione dei fatti, aiutata dallo studio delle leggi della nostra psiche, le contraddizioni apparenti, le complicazioni, il disordine, che ci presentano i fenomeni della vita sociale e in ispecie quelli del diritto; e sopra tutto poi occorre persuadersi che i fatti umani e perciò anche quelli giuridici, non si prestano ad essere spiegati con le teorie sempliciste, con l'azione di una sola causa. La genesi del diritto non può essere dovuta esclusivamente all'azione di giuristi o di certe capacità più eminenti, che in un dato momento plasmino il diritto dal nulla; ma non può essere neppure dovuta ad una vaporosa coscienza popolare o ad una serie di piccole trasformazioni operatesi quasi meccanicamente. Essa fu certamente la risultante dell'azione di grande e di piccole capacità, che costituiscono potenzialità diverse di adattamento; e queste capacità, per mezzo di modificazioni piccole e grandi, ma piccole sopra tutto, operate nei rapporti umani e nel modo d'intendere tali rapporti determinarono aggiustamenti nuovi e nuovi orientamenti di coscienze.

Deve essere insomma avvenuto nelle origini del diritto quello che, in fondo, avviene anche ora sotto i nostri occhi per ogni mutamento di esso; però che le forze, che operano un tempo, sono in fondo quelle che operano anche ora e identico è, nella sua essenza, il modo come operano, quantunque sia molto mutato il campo d'azione, il carattere esterno o il modo d'intensità di quelle forze. La coscienza umana non ha mutato natura, è sempre identica nella sua essenza e perciò identici nella loro essenza devono essere i suoi modi d'azione. Per ciò il debito apprezzamento delle cause attuali può spianarci la via per comprendere le cause che operarono in altri tempi, quantunque in condizioni diverse e in grado assai inferiore di sviluppo

psichico e sociale. Siamo così ricondotti alla dottrina delle capacità combinata con quella della credenza, che abbiamo posto a base delle fonti del diritto e che abbiamo più o meno incontrato sempre nelle ricerche precedenti.

§ 273. — Se non che, entro il quadro di queste cause generiche, diciamo così formali, si determinano ed operano cause secondarie, assai variabili, che non è sempre facile e spesso è quasi impossibile, abbracciare in tutte le loro peculiarità, massime quando si riferiscono ad epoche remote, rispetto alle quali i dati sono insufficienti ed incompleti. Esse sono sopra tutto determinate da differenze di bisogni e dal diverso modo di pensare e di sentire, che può grandemente variare da un'epoca all'altra; onde in ciascuna di esse riesce difficile riprodurre le condizioni psichiche di altre epoche. E pure, senza di ciò, non è possibile darsi una sufficiente spiegazione dei fenomeni che vi si produssero.

Certo se tali differenze fossero veramente profonde e radicali, dovremmo rinunziare ad ogni ricerca di questo genere, poichè le nostre interpretazioni dei documenti muti o parlati di altre epoche dovrebbero certameute riuscire errate; anzi, tanto più errate, quanto più scarsi e monchi sono quei documenti. Se non che neanche queste differenze sono poi così radicali, come potrebbero apparire sulle prime, poichè, a causa della fondamentale identità delle coscienze, le leggi della psiche si svolgono in modo uniforme presso tutti gl'individui umani. Così vediamo, che, per quanto sia grande la differenza fra il modo di ragionare di due individui, in fondo essa non consiste nella maniera come il pensiero procede, ma nella maniera come vengono poste le premesse. Onde la difficoltà si riduce a conoscere come le premesse vengono poste. E quanto ai sentimenti sappiamo come assai poco differisca il modo come operano nelle diverse coscienze, tanto che

non vi è nulla di più facilmente comunicabile del sentimento. Essi seguono le medesime vie nelle coscienze più disparate, messe nelle condizioni più disuguali e con un grado più diverso di sviluppo. Cosicchè essi possono costituire quale una chiave per penetrare nelle altrui coscienze. Basta realizzare nella coscienza propria, anche in minima proporzione, certi stati emotivi che si producono nelle altre coscienze, per vedersi a poco a poco dischiudere tutti quei mondi interni, che ci apparivano ermeticamente chiusi.

Ora, la nostra coscienza diviene tanto più capace di realizzare gli stati psichici degli altri individui, quanto maggiore è il suo grado di plasticità e questo ordinariamente dipende dal grado di sviluppo. Da ciò un apparente paradosso, che cioè i tempi più lontani possono venire meglio compresi a misura che più gl'invidui se ne discostano, allorchè, s'intende, questo allontanamento è accompagnato da un crescente grado di sviluppo psichico. E così, il contrasto apparente viene in parte conciliato e superato dallo stesso sviluppo della coscienza.

Giova oltre a ciò lo sviluppo della stessa psicologia, specialmente nelle sue applicazioni alla vita sociale, poichè essa ci permette di rievocare con un grado di maggiore obbiettività certe maniere di pensare e di sentire di altre epoche e d'interpretare con maggior sicurezza il valore di certi indizî e di certi dati, mettendoci in guardia contro certe idee preconcette e contro certe dottrine unilaterali. Così, oggi non potremmo più rappresentarci le epoche primitive come uno stato di felicità regolato dalle leggi della natura e nemmeno come un'epoca di lotte di tutti contro tutti, con un preteso diritto di ciascuno su tutte le cose.

Un altro prezioso sussidio ci viene dalla memoria delle nostre stesse esperienze interne, allorchè essa è debitamente interrogata. Le memorie che serbiamo di altri momenti traversati dalla nostra coscienza ci per-

mettono di meglio comprendere stati diversi da quelli attuali. Per tal modo, con la memoria della nostra età infantile possiamo renderci conto di certi stati di coscienza semplici, di certe forme d'impulsività, di certe maniere di sentire e di credere, che caratterizzano lo spirito nei primordi del suo sviluppo nella specie umana. Con l'aiuto di esse ci troviamo meglio in grado d'interpretare l'interno per mezzo dell'esterno, l'*animus* anche a traverso a dati incompleti e frammentarî.

§ 274. — Questo per ciò che si riferisce alla preparazione per la critica dei dati. Tali dati ci vengono poi forniti dalla paleoetnologia, dalla preistoria, dalla filologia, ecc. Il loro numero è molto cresciuto in questi ultimi tempi e va sempre più crescendo con lo sviluppo delle scienze, che li forniscono, con la tecnica più progredita, con la tenacia sempre più illuminata e ben diretta dei loro cultori. Ma essi rimangono pur sempre scarsi e insufficienti per le descrizioni e per le costruzioni particolareggiate, quantunque la loro deficienza sia poi meno sentita per quella costruzione di ordine generale, quale si è quella che noi cerchiamo di realizzare. Peraltro possono essere, in un certo senso e fino ad un certo punto, integrati o piuttosto rischiarati col paragone di fatti consimili, che ci forniscono le razze inferiori, i così detti popoli naturali.

A tali paragoni in questi ultimi tempi si è molto ricorso, se ne è anzi troppo abusato, arrivando a ritenere che la vita di queste popolazioni selvagge sia una riproduzione fedele dell'umanità primitiva. E per giunta, senza una severa cernita ed un rigoroso criterio d'interpretazione, si sono facilmente accolte come probative testimonianze di ogni genere, provenienti da ogni fonte, accettando quindi per documenti incontestabili anche osservazioni subbiettive e descrizioni fantastiche. Ma la principale obbiezione che può rivolgersi a sussidî provenienti da questa fonte è la difficoltà di

conoscere con una certa sicurezza, se gli stadî sociali che presentano queste razze inferiori siano effettive sopravvivenze di uno stadio sociale primitivo, comune su per giù a tutta l'umanità e rimaste immobilizzate da epoche immemorabili; o è invece uno stato di degenerazione da un grado più elevato di sviluppo.

Perciò un tal paragone va adoperato con molta prudenza e con molta cautela e solo come un mezzo integrativo e suggestivo, non mai come un mezzo di prova. Sopra tutto può giovare in quanto vale a metterci innanzi agli occhi stadî rudimentali, forme assai semplici di vita e di ordinamento e ciò, a prescindere dal fatto se esse rappresentino effettivamente uno stadio originario o siano un prodotto di degenerazione. Che anche la degenerazione può valere fino a un certo punto, a far comprendere stadî trascorsi, in quanto e per quel tanto che costituisce un ritorno a stadî superati. E da questo punto di vista può essere anche utile il paragone con le forme più semplici di vita sociale conservatesi in seno delle società più evolute. Queste offrono anzi il vantaggio di poter essere meglio osservate e comprese, perchè più vicine e più suscettibili di una interpretazione diretta.

Con tale metodo e con tali criterî dobbiamo adunque procedere nelle nostre ricostruzioni, le quali, come ho detto, non potranno avere altra pretesa, se non quella di essere semplici costruzioni ipotetiche, aventi più un valore ideale anzi che di fatto. E per questo basta che rispondano alla realtà nelle loro linee generali.

Bibliografia. — Si vedano i lavori del Leist, del Post, del Wilken, Kohler, Sumner Maine (specialmente il libro sul *Diritto antico* e quello sulla *Storia delle istituzioni primitive*); Vanni, *Gli studi di H. Sumner Maine e la filosofia del diritto;* Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne* (Paris, 1893); Fragapane, *Problema delle origini del diritto* (Roma, 1896); Richard, *Origine de l'idée du droit* (Paris, 1892); Schiattarella, *I presupposti del diritto scientifico* (Palermo, 1885); Durkheim, *La division du travail social;* Tarde, *Les lois de l'imitation*; *La sociologie* di Spencer, Small, Ward, ecc. *L'Année sociologique* diretta dal Durkheim.

CAPITOLO II

Le formazioni primitive.

SOMMARIO. — 275. I primi aggruppamenti umani. — 276. Loro carattere.

§ 275. — Senza toccare la questione, del resto insolubile, dell'origine dell'uomo, possiamo ragionevolmente supporre che gli uomini, al pari di molti animali, vivessero originariamente in aggruppamenti precarî e promiscui, senza ordini stabili o pienamente coscienti. Questi aggruppamenti potevano sorgere per caso o per impulsi su di certe elementari esigenze della vita. Non possiamo conoscere quali in ispecie fossero i loro caratteri, ma solo possiamo intuire che tali aggruppamenti amorfi dovevano essere mantenuti e governati da forze istintive, da impulsi rudimentali, che erano quasi un prolungamento o uno stadio appena più evoluto degli istinti puramente animaleschi. Essi dovevano assomigliarsi, fino ad un certo punto, alle moderne popolazioni selvagge rimaste nello stadio più rudimentale, come ad esempio, ai Fuegiani descritti da Cook e da Darwin, che non presentavano alcuna forma di ordinamento o di subordinazione e la cui vita si avvicinava più a quella dei bruti, anzi che a quella degli uomini.

Ma, ripeto, non possiamo affermare nulla di preciso intorno a queste forme di aggruppamento assolutamente primordiali e neppure possiamo affermare con sicurezza se siano effettivamente esistite nel modo come possiamo immaginarle.

Da questi primordiali aggruppamenti amorfi e quasi anarchici si passò probabilmente a quei piccoli nuclei

compatti di vita sociale, di cui abbiamo parecchie tracce nella storia, in quanto appariscono all'origine di tutti i popoli civili. Sono i così detti *gruppi gentilizii,* chiamati anche *clan,* con la parola celtica con cui venivano denominati nelle montagne della Scozia.

Il gruppo gentilizio è un aggregato saldamente compatto, tenuto insieme da certi sentimenti connessi con certe credenze. I suoi membri sono congiunti da sentimenti di parentela e da sentimenti religiosi, intesi in un senso largo; infatti si ritengono discendenti di un medesimo stipite e hanno comuni forme di religione, o meglio, di superstizione e di culto. I due ordini di sentimenti s'influenzano o si rinforzano, perchè la comunicanza di sangue viene concepita quale effetto della discendenza da un comune antenato divino o da un comune oggetto di culto, onde apparisce in certo modo sacro il sangue che scorre nel corpo di ognuno. Non importa poi se nel fatto questa parentela esista effettivamente; essa viene creduta e perciò opera i suoi effetti anche quando non dovesse esistere.

Presso i selvaggi contemporanei osserviamo aggruppamenti consimili. Essi portano un nome comune, che ne costituisce in pari tempo l'emblema e il simbolo ed è il nome di un animale, di una pianta, di un oggetto determinato, che si considera quale capostipite e idolo protettore del gruppo. Questo idolo viene indicato con la parola *totem* presso certe tribù australiane e serve a designare il gruppo e in pari tempo il culto che esso professa; onde il nome di *totemismo* per esprimere tutto questo insieme di culto, di vita sociale e di vincoli, che ne scaturiscono.

É probabile che il *clan,* col crescere del numero delle persone, onde era composto, non potendo più vivere insieme in una data località, sentisse il bisogno di scindersi, dando origine a specie di sciami, che si

portavano in territorî vicini. Questi *clan,* usciti così gli uni dagli altri, continuarono a conservare i loro rapporti di parentela e di religione, formando così un aggruppamento più vasto, che con greca denominazione possiamo chiamare *fratrìa.* In seguito, continuando questo processo di segmentazione, sorgono altre fratrìe, finchè con l'insieme di esse si costituisce quell'aggregato più vasto, che prende il nome di *tribù,* risultante così da gruppi di *clan* collegati fra di loro per mezzo di vincoli molteplici. Con la tribù siamo all'inizio della vera e propria storia, al primo nucleo di organizzazione politica. Essa è già un organismo sociale di una certa importanza e può servire di base agli organismi più vasti.

Ma non bisogna dimenticare che questo processo di sviluppo è puramente ipotetico, indica piuttosto un modello tipico, anzichè un processo verificatosi per tutti nel modo medesimo; anche perchè cause perturbatrici di vario genere, come attriti fra gruppi, emigrazioni di popoli, sovrapposizioni di razze, ecc., hanno indubitatamente contribuito a sviarlo, a sconvolgerlo o ad imprimere ad esso un diverso andamento.

§ 276. — Quel che a noi importa ora notare si è che questi gruppi gentilizî presentano nel loro interno un massimo di coesione e di solidarietà, quale appunto può essere determinato dall'azione unificante di quei sentimenti e di quelle credenze; ma è una solidarietà meccanica e superficiale (come già notammo nel parlare della responsabilità), in quanto non risulta dal concorso di personalità che cooperano col contributo di attività autonome; sì bene è l'effetto di tendenze uniforme, che si dispiegano tutte uniformemente nel modo medesimo. La personalità umana nelle sue note differenziali non è ancora emersa dal fondo comune e uniforme di quella massa di indi-

vidui, onde il gruppo è costituito; e vi è nel gruppo come una sola individualità, di cui gl'individui sono gli elementi.

Del resto era questa una condizione preliminare indispensabile, perchè potesse iniziarsi una vera vita sociale fra gli uomini. Se infatti non si forma uno strato di processi psichici uniformi in tutti gli individui componenti una collettività, questi non arrivano a comprendersi fra di loro, i rapporti sociali non si sviluppano e diventa impossibile una forma qualunque di cooperazione. Noi non dobbiamo trasportare le nostre idee attuali e i nostri attuali sentimenti per giudicare delle condizioni di quelle epoche primitive. Nelle nostre convivenze progredite forme elevate di cooperazioni possono determinarsi fra gli individui più diversi per carattere e modo di pensare, perchè le coscienze si sono pienamente conformate alla vita sociale e un fondo comune di prodotti psichici si è accumulato e organizzato in ciascuna di esse; invece negli stadî primitivi occorreva appunto che questo fondo comune si costituisse, che si formasse uua specie di tessuto connettivo della vita sociale, prima che le personalità si sviluppassero. È su questo fondo comune che potevano poi, a poco a poco, impiantarsi e svilupparsi tutte le divergenze di persone e di caratteri.

Onde, in tale periodo, tutta l'attività psichica è concentrata e rivolta alla formazione di questi comuni strati psichici, che se, per un verso costituiscono la parte meno originale della coscienza, sono poi la condizione indispensabile per l'esistenza e lo sviluppo di ogni aggregato fra esseri coscienti. I sentimenti che vi cooperano, quali il sentimento di parentela e quello religioso, sono appunto quelli che, specialmente negli stadî inferiori, meno favoriscono lo sviluppo della personalità, perciò maggiormente concorrono alla formazione di quegli elementi comuni. E si comprende che

quei gruppi dovevano riuscire tanto più saldi, tanto più capaci di elaborare una vita sociale duratura e di educare gl'individui alla convivenza, in fine, tanto più vitale, quanto meglio pervenivano a sviluppare nel proprio seno quei sentimenti e quelle credenze. Quegli altri che non riuscivano a svilupparli in modo così intenso, erano esposti alla disorganizzazione e all'assorbimento da parte degli altri gruppi.

Questa solidarietà così intensa, se non ancora veramente intima e profonda, fa di tali gruppi (lo abbiamo già detto) una sola personalità, quasi che i suoi componenti siano i membri di un solo organismo psichico, fisico. E infatti l'individuo è nulla fuori del gruppo poichè solo in esso trova il suo modo di essere, la sua difesa, il suo naturale ambiente di vita e di sviluppo e anche una parte della sua personalità. Senza il gruppo egli è pari al ramo divelto dalla pianta che lo fa vivere; onde costituisce la più grave delle pene quella di esserne escluso. Ma, alla sua volta, il gruppo vive con l'annichilimento degl'individui, che lo compongono ed una vitalità, una forza di resistenza, tanto più tenace, quanto meglio riesce a distruggere le divergenze individuali ed a costituire una parificazione ed identificazione di coscienze. Sono appunto i caratteri di quella forma di solidarietà che abbiamo chiamato meccanica, la quale risulta da uniformità, non da concorso di coscienze; da eguaglianze, che si sovrappongono e si sommano, non da diversità che s'integrano e s'intrecciano; da atti che si ripetono e ripetendosi, sempre più ribadiscono le coesione dell'aggregato, anzi che da iniziative che si moltiplicano, provocando forme sempre nuove di adattamento fra gl'individui e il gruppo.

CAPITOLO III

Il costume primitivo.

Sommario. — 277. Suo carattere caotico. — 278. Mancanza di generalità; suo carattere invadente. — 279. Carattere conservatore. — 280. Carattere negativo. — 281. Carattere chiuso e incomunicabile.

§ 277. — Questi gruppi hanno una costituzione, un ordinamento embrionale, in cui sono fusi od amalgamati fra di loro tutti gli elementi onde dovranno in seguito risultare le singole forme di condotta umana. In questo primo stadio di sviluppo la norma è in certo modo unica, ma proteiforme, e opera con tutte le forze accumulate, con le quali poi in modo specifico operano, in epoche più evolute, le singole categorie di norme. Le distinzioni fra categorie di norme non erano allora possibili, nè potevano essere sopportate dalla forma di solidarietà, che allora esisteva. Categorie diverse di norme suppongono sfere diverse di attività, mentre allora non era possibile che una sfera di attività unica ed uniforme; suppongono l'esistenza di personalità distinte, mentre la personalità non era ancor sorta. Tanto meno potevano esistere norme giuridiche diversificate dalle altre, poichè il diritto, come sappiamo, suppone una distinzione fra la cooperazione degli atti e quella delle intenzioni, inconcepibile per una mente primitiva. Queste norme costituiscono, a così dire l'embrione, dal quale dovranno poi a poco a poco scaturire le norme del vivere sociale, e vengono ora denominate *costume primitivo.*

Costume, perchè non sono dovute all'opera di un legislatore, nè di qualunque altro potere statuale; lo Stato non esiste in tale periodo. Esse sono dovute al-

l'opera lenta dell'uso e si trasmettono con la tradizione orale. Onde, da un lato si avvicinano all'abitudine sociale; da un altro, a ciò che sarà in seguito la consuetudine giuridica, essendo in parte effetto delle forze, che operano alla costituzione dell'una e in parte effetto degli elementi, da cui l'altra risulta; ma non sono propriamente ancora, nè l'una cosa, nè l'altra.

Un tale costume rinveniamo in tutti i primi aggruppamenti dei quali abbiamo qualche traccia. Esso almeno in parte, si protrae anche per un periodo posteriore e si riscontra in istituzioni, in usi, in sopravvivenze, che abbondano nel diritto arcaico. Così apparisce nella Grecia dei poemi omerici, nella più antica organizzazione di Roma, nei Germani di Tacito, nelle *sage* e nelle antiche tradizioni del diritto scandinavo, nei Galli di Cesare e nei più antichi documenti del diritto celtico. Ma le sue tracce si osservano anche in epoche ben posteriori. Esso risorge in alcune sue parti anche nel periodo medievale, quando condizioni di vita sociale consimili ne provocano la formazione. Finalmente, lo troviamo da per tutto negli aggregati delle razze inferiori contemporanee, che traversano stadî rudimentali di sviluppo.

Onde, con una certa sicurezza, possiamo affermare che le norme dei gruppi primitivi dovevano presentare questo carattere caotico. È nella mescolanza di tutti gli elementi della condotta che esse trovano la forza direttrice dei rapporti, produttrice di quel conformismo di intenzioni e di atti, onde risulta la solidarietà del gruppo. In quelle norme nulla è distinto nella vita sociale e le comuni credenze avvolgono in una sfera unica tutta la condotta.

§ 278. Un secondo carattere che apparisce in esse è la mancanza della generalità. La norma è specifica, minuta, particolareggiata; si direbbe appunto la norma del caso singolo. La mente è ancora incapace di astrarre e di costruire il vero caso tipico, essa non sa staccarsi

dal caso concreto. Ma ciò è possibile perchè la norma abbraccia tutte le manifestazioni della vita e perchè l'ambiente uniforme rende quasi impossibile le divergenze individuali. La vita si svolge sempre nel modo medesimo, uguale, uniforme, monotono. In un ambiente così fatto il caso singolo in certo modo non esiste, come non esiste l'individuo spiccatamente distinto dagli altri individui. Tutti si assomigliano e si comportano quasi automaticamente nel modo medesimo.

Stando così le cose, si comprende che i singoli rapporti tenderanno a diventar generici, tipici, cioè non potranno assumere le caratteristiche, per le quali si differenziano gli uni dagli altri. Il caso singolo sarà in certo modo la regola e la regola, il caso singolo. Ogni particolarità si generalizza, non per un processo di astrazione, ma perchè viene da tutti imitata e perciò rimane sempre fatto concreto, vissuto da tutti nel modo medesimo. La norma può per tal modo rivolgersi alle più minute particolarità della vita, perchè la vita sociale si riduce ad una specie di meccanismo uniforme.

Da qui il suo carattere invadente. Essa invade tutti i rapporti, ha disposizioni per ogni evento, avvolge l'individuo da ogni lato, lo accompagna in tutti gli atti della sua esistenza. È stato osservato a proposito dei selvaggi contemporanei che essi sono in tutto schiavi dei propri costumi, poichè non vi è atto della loro vita che sfugga alla loro azione e possa svolgersi senza l'osservanza di una regola specifica. Questa medesima osservazione può anchè applicarsi ai gruppi primitivi. Data infatti una forma di solidarietà, quale è quella che abbiamo descritta, data una così grande semplicità di vita e di rapporti, dato un insieme di norme così indistinte nei loro caratteri, si capisce come ogni atto della vita possa allora essere regolato da norme esterne obbligatorie. In un'epoca, in cui non esistono diverse sfere di attività, in cui la sfera di attività è una sola,

in certo modo comune a tutti, la regola non può non diventare invadente e penetrare, a così dire, in tutti i meati della personalità.

Il carattere invadente della norma, è in altri termini in rapporto col carattere uniforme della solidarietà. Dove la solidarietà è a base meccanica e si regge per la completa uniformità delle credenze e dei voleri, la norma esterna deve essere necessariamente invadente, perchè è prodotto di quella stessa uniformità. Si sente spesso ripetere a proposito della vità che si conduce nei piccoli villaggi, che colà non si è liberi di fare quel che si vuole, che si è schiavi del pubblico fin dentro le pareti domestiche; questo avviene perchè colà si ripetono, quantunque in proporzioni molto diverse, alcune di quelle condizioni, che regolavano gli aggruppamenti primitivi. Le tradizioni, le consuetudini, le opinioni dominanti sono il prodotto di credenze comuni e vogliono plasmare tutti sul medesimo stampo, perciò non tollerano divergenza neppure nelle sfere più intime della personalità. La comunanza si regge su di una solidarietà meccanica ed a questo meccanismo uniforme devono improntarsi tutti i rapporti della vita.

§ 279. — Un carattere del costume primitivo è il carattere eccessivamente conservatore e quindi la sua immutabilità. Una delle tendenze che generalmente s'incontra presso tutti i popoli selvaggi è appunto la loro tendenza conservatrice. Essa si può anche oggi osservare nelle persone del popolo a preferenza che nelle classi più elevate, nelle donne a preferenza che negli uomini, perchè è in genere connessa con un grado inferiore di sviluppo psichico e di plasticità mentale. Infatti, meno una coscienza è sviluppata e meno è capace di formare sintesi divergenti, di dispiegare un potere di adattamento autonomo, e per conseguenza, più si sente indotta a seguire le vie battute ed a persistere in esse. Allora, non soltanto s'imitano facilmente gli

altri, ma ci si ripete con molta tenacia. Ciò che si è fatto altre volte acquista una specie di fascino, una forza irresistibile, per cui si è indotti a ripeterlo. Anche alle nostre coscienze evolute piacciono immensamente le vecchie vie e ripugnano le vie non ancora percorse; si può comprendere come una tale repugnanza debba esser viva per una mente primitiva, non ancora stimolata dalla curiosità e dalla speranza di rinvenire forme più complete e più soddisfacenti di vita e di sviluppo. É allora che a preferenza si genera quella confusione, così facile a prodursi nel dominio della condotta, fra ciò che si è fatto e ciò che si deve fare, per cui il già datto acquista forza imperativa, si trasforma in un comando irresistibile, onde un prodotto del volere diventa causa dell'operare.

Il costume primitivo acquista perciò quel carattere rigido e conservatore, che lo rende eminentemente atto non solo a mantenere la forma di solidarietà, di cui è l'espressione, ma ad accrescerne la saldezza con l'azione del tempo, cioè con l'opera della ripetizione, che scava solchi tanto più profondi nelle coscienze, quanto queste sono meno evolute. Onde abbiamo il primo e più rudimentale modello di quel tipo sociale, che conosciamo col nome di tipo conservatore. I periodi conservatori sono quelli appunto in cui si elaborano le forme di convivenza, si consolidano i vincoli sociali, si educano le coscienze alla vita in comune; e perciò sono un prodotto della stessa forza di conservazione sociale, dell'istinto della vita in comune, che prende un decisivo sopravvento sulle tendenze antagoniste alla divergenza ed alle varietà.

Questo bisogno istintivo doveva essere assai potente nelle prime forme di vita in comune; se tale non fosse stato, esse non sarebbero sorte. Si è molto insistito, fino a questi ultimi tempi, sulle tendenze antisociali dei primitivi, ma non si comprendeva che se fossero effettivamente prevalsi tali istinti, i primi aggre-

gati non si sarebbero costituiti. La forza associativa non può provenire che dalle coscienze ed è innanzi tutto istinto socievole. Per cui, accanto agl'istinti antisociali dovevano esistere potenti gl'istinti socievoli, gl'istinti gregarî, essenzialmente conservatori, forse già costituitisi in un periodo preumano. Nel gruppo primitivo subiscono una ulteriore elaborazione e ad essi, combinati con le altre cause, si deve quel carattere spiccatamente conservatore del costume primitivo, che avvolge l'individuo da tutti i lati e ne foggia tutte le forme di attività, rendendo impossibile ogni divergenza di opinione o di atti. Non è questo certamente il periodo delle discussioni, delle innovazioni, dei cambiamenti, perchè ogni innovazione, ogni cambiamento, perturba il processo formativo e dissipa le energie psichiche in conati infecondi e pericolosi per la saldezza della compagine sociale in formazione.

§ 280. — Il costume primitivo assume prevalentemente una forma negativa. Esso è a preferenza un insieme di proibizioni, di *tabù*, per adoperare la parola in uso presso alcune popolazioni oceaniche. Con le sue proibizioni esso rende sacri una quantità di atti che non debbono compiersi in un dato modo. La proibizione ha negli animi rozzi più efficacia delle ingiunzioni positive, perchè può circondarsi di un maggior mistero, può assumere un carattere più spiccatamente sacrale. Nella proibizione vi è l'ignoto che opera con la minaccia dei pericoli e spaventa la coscienza di chi vuole affrontarli; mentre nel comando positivo vi è la chiara visione di quello che si fa, che si deve fare. L'atto positivo si conosce in certo modo com'è fatto e perciò non può acquistare sulla coscienza (almeno nelle medesime proporzioni) quell'autorità, quell'aureola sacra, che può avvolgere l'atto che non si deve compiere e non si è ancora compiuto. Il recidivo è sempre più pericoloso e incorreggibile appunto perchè ha affrontato l'ignoto della violazione e della pena.

Inoltre il comando negativo è, in genere, più semplice, può diventare più preciso ed acquista più forza suggestiva. Il non fare si comprende più agevolmente ed è poi condizione indispensabile dell'agire coerente. La psicologia c'insegna che la volontà non può svilupparsi se non con l'azione dei poteri inibitori, cioè con l'opera di certe forze d'arresto, che impediscono all'energia psichica di tradursi immediatamente in atto e la costringono alla formazione dei processi interni. Per questo la nostra educazione comincia con i comandi negativi: occorre abituarsi a *non fare* prima di potersi abituare a *ben fare*. Per ragioni di ordine consimile il comando negativo acquista così grande rilievo nelle prime manifestazioni di vita sociale. Una solidarietà umana stabile e compatta non potrebbe ottenersi qualora gl'individui agissero impulsivamente, ognuno secondo il capriccio del momento, con una reazione immediata agli stimoli esteriori.

In questo periodo della vita sociale tutte le forze dell'aggregato sono in certo modo rivolte istintivamente alla determinazione di limiti e di freni e sappiamo infatti che presso le popolazioni selvagge i *tabù* sono infiniti, creano una rete di proibizioni, che trasformano l'esistenza di ciascuno in una vita di schiavitù tirannica, meticolosa, rigida, inflessibile, quale difficilmente possiamo comprendere con le nostre abitudini, in paragone, assai libere. Tali proibizioni si riferiscono a condizioni indispensabili od utili, o pure a fatti indifferenti; ma anche in quest'ultimo caso producono effetti benefici. Quel che importa allora è il freno in qualsiasi maniera ottenuto, l'abitudine a guidare i propri impulsi; e tale abitudine, tanto più facilmente si ottiene, quando maggiore è il numero delle proibizioni e più frequenti sono le occasioni di esercitarle.

Finalmente, va notato che una solidarietà meccanica si regge a preferenza per opera di questo genere di

comandi. Infatti, essa risulta dalle somiglianze fra le coscienze, le quali si determinano e si alimentano per mezzo delle credenze comuni; ma le credenze si conservano sopra tutto con una serie di limitazioni, che lascino a ciascuno il minor numero possibile d'iniziative, poichè le iniziative sono sempre pericolose per l'uniformità delle credenze. Un conformismo sociale si mantiene più con le astensioni anzi che con le azioni: queste implicano sempre il pericolo di qualche innovazione; mentre quelle, imponendo a ciascuno l'obbligo di non uscire dalla sfera assegnata, allontanano la possibilità di tale pericolo.

Per tutte queste ragioni i comandi negativi acquistano la prevalenza negli ambienti poco evoluti e in genere, in tutti gli aggregati a base di solidarietà meccanica, siano essi originari o un prodotto di degenerazione.

§ 281. — Un ultimo carattere del costume primitivo è il suo carattere chiuso e incomunicabile.

Già il nostro Vico aveva notato che i primi aggruppamenti di vita sociale sono impenetrabili, chiusi in loro stessi. Questa è conseguenza dello stesso spirito che informa quel genere di solidarietà. Quando la comunanza non ha altra base che la comune credenza religiosa e il comune vincolo di parentela, non vi può essere alcun rapporto di alcun genere con un individuo che non partecipa a quella credenza e non è legato al gruppo per mezzo di quel vincolo. Lo studio dell'antichità classica ci ha abituati all'idea che un tempo veniva riguardato quale nemico quegli che non apparteneva alla *polis* o alla *civitas*. Ma in un'epoca primitiva quest'ordine di idee e di sentimenti doveva essere ben più accentuato. L'estraneo doveva in certo modo apparire quale un essere anomalo o di natura diversa.

Per conseguenza il costume diventa incomunicabile; i suoi comandi non possono estendersi alle persone che non fanno parte del gruppo, e l'estraneo non può essere difeso, diventa anzi oggetto di una specie di orrore

sacro. Di fronte a lui non esistono *tubù* che valgono a garantirgli la vita. E se trova in qualche caso accoglienza ed ospitalità, ciò avviene per un ordine diverso di sentimenti e di credenze, cioè per le credenze connesse con la superstizione della magia, che fanno vedere nell'estraneo un nemico capace di nuocere con le sue maledizioni o con le sue pratiche misteriose. Tutto questo ci fa comprender meglio come l'esclusione dal gruppo costituisca la maggiore delle pene. L'esclusione dal gruppo significa esclusione da qualunque forma di protezione; poichè cessa con essa la protezione del proprio gruppo e non è possibile ottenere dal costume esclusivo degli altri gruppi.

In tali condizioni l'impero del costume non può estendersi se non con l'estendersi della forma di solidarietà cioè per mezzo di cerimonie capaci di comunicare il vincolo di parentela e di religione, che sono in fondo una cosa sola. Di queste forme di comunicazione artificiale del vincolo di solidarietà troviamo tracce in tutte le sopravvivenze del diritto primitivo. E così i cerimoniali dell'adozione, l'uso di sedersi su di una medesima pelle di animale o d'iniettarsi reciprocamente una piccola quantità di sangue, sono, anche fra i primitivi contemporanei, mezzi per determinare vincoli permanenti fra persone appartenenti a gruppi diversi.

CAPITOLO IV

Origine del costume primitivo.

Sommario. — 282. Le differenze nel gruppo primitivo. — 283. Le capacità. — 284. Modo come operano. — 285. Le due teorie del Maine. — 286. Le ripetizioni. — 287. Carattere dell'osservanza. — 288. Primo criterio di valutazione.

§ 282. — Dopo questa descrizione sommaria del costume primitivo, quale possiamo in parte conoscere e

in parte intuire, ci si presenta un più grave problema: come è sorto quest'insieme di norme? Esso non è venuto su come un miracolo, si è dovuto produrre in un dato modo, per opera di certe date cause. Scoprire questo modo e queste cause è impresa ancor più difficile che non quella di descrivere approssimativamente il carattere di quelle norme. Qui a preferenza dobbiamo aiutarci con le ipotesi e con le presunzioni, ma fortunatamente siamo aiutati dall'analisi dei fatti che si svolgono sotto i nostri stessi occhi. Questi, ci permettono di scoprire certe caratteristiche proprie della nostra coscienza la quale, stante l'idealità fondamentale dello spirito umano, ci rendono possibile d'intuire quello che ad un dipresso, poteva avvenire in convivenze così lontane e diverse dalle nostre.

Uno degli elementi dei quali innanzi tutto dobbiamo tener conto per il nostro scopo, è un certa disparità fra gl'individui. Certo i membri del gruppo presentano in uno stadio primitivo un massimo di somiglianza, senza di che una solidarietà a base meccanica non si sarebbe potuta costituire. Ma, non ostante questa grande somiglianza, alcune differenze dovevano pure esistere fra gl'individui, altrimenti non si sarebbe avuto alcun genere d'individualità, neppure nella forma più rudimentale. Sopra tutto dovevano acquistar rilievo, per la stessa monotonia dell'ambiente, le differenze date dall'età, dal sesso, dalla conformazione somatica, dalle attitudini psichiche. Queste ultime hanno per noi speciale importanza.

Sappiamo già che ogni coscienza è un centro autonomo di vita psichica, un focolare che produce elementi proprii o elabora per proprio conto gli elementi, che riceve dal di fuori, assumendo perciò una impronta specifica e comunicando una impronta propria ai suoi prodotti. Se non è possibile che si diano due corpi umani in tutto identici nelle loro parti e nel loro funziona-

mento, è ancora meno possibile che si diano due coscienze perfettamente identiche nella loro struttura e nelle loro forme di attività. Le differenze potranno essere maggiori o minori, potranno diventare addirittura impercettibili, ma esistono pur sempre anche quando gl'individui presentino un massimo di somiglianza nei loro caratteri esterni e anche nel modo di pensare e di sentire. Dobbiamo quindi supporre che tali differenze siano esistite anche in seno del gruppo primitivo, dando individui più abili degli altri, più capaci d'iniziare e di comandare, o per tali ritenuti; e individui meno capaci, meno abili, più disposti ad imitare e ad obbedire.

La supposizione non è infondata se gl'indizi e i ricordi di quel remoto periodo ci mostrano che tali differenze esistevano effettivamente e che vi era anche allora chi comandava e chi obbidiva, chi era circondato di un maggior rispetto od esercitava sugli altri un maggiore ascendente. Certo, in origine tali differenze potevano essere minime, magari impercettibili, ma questo non importa; anche le differenze minime producono i loro effetti. Quando si tratta di processi formativi, anche gli effetti impercettibili assumono grande importanza, poichè dalle piccole, dalle impercettibili particelle possono originarsi le grandi costruzioni.

§ 283. — Queste differenze hanno per noi valore, in quanto implicano diverse potenzialità di adattamento e quindi ci conducono a quel fenomeno delle capacità, di cui abbiamo avuto più di una volta occasione di discorrere.

Anche nel gruppo primitivo, sotto l'apparente uniformità, esistono gradazioni di capacità e non potrebbe accadere diversamente, poichè individui di capacità in tutto identica non esistono, anche negli ambienti più uniformi. Le differenze sono minime, ecco perchè l'ambiente assume carattere uniforme. L'uniforme superficie del mare in un momento di calma completa non è data

dall'assoluta mancanza di ogni e qualunque movimento delle acque, ma dal fatto che il movimento molecolare è ridotto alle minime proporzioni. Si tratta perciò di differenze di grado, che possono produrre conseguenze di qualche rilievo solo con l'azione ripetuta, questo non ha nulla che vedere con l'essenza del fenomeno.

Parlando delle capacità, avemmo già occasione di notare, che esse in quanto diventano produttrici di effetti sociali, sono anche in parte un prodotto sociale, perchè si formano e si affermano col contatto fra gli individui e ricevono dall'ambiente sociale una parte almeno del potere, che poi dispiegheranno su di esso. Questo può notarsi anche nei primi aggregati. Sappiamo infatti, per indizi, per ricordi e per sopravvivenze, che in essi già godono di una certa considerazione i più anziani, non soltanto per la loro maggiore età od esperienza, ma perchè sono ritenuti più abili o più sani o più degni di rispetto. Anche in quelle epoche remote non basta possedere una data qualità per potere agire sugli altri, ma occorre che quella data qualità sia ritenuta come esistente in quella data persona; poichè l'azione sociale non è proporzionale soltanto alla natura di quella qualità, ma, per molta parte, al modo come viene creduta. Così, ancora, osserviamo in quei gruppi un maggior rsipetto per i più forti e per i più audaci, non semplicemente a causa delle imprese, che essi compiono, ma anche a causa del potere, di cui vengono reputati capaci. L'azione della forza si esaurirebbe con le imprese compiute, se il gruppo non ne conservasse la memoria e non ne mantenesse l'efficacia per mezzo delle credenze. Intorno ai forti si raccolgono, a dir così una quantità di sentimenti di ammirazione, determinati e mantenuti sopra tutto dalla credenza che, chi è stato forte in un dato caso, sarà forte in tutti gli altri casi avvenire. E così l'aureola della forza si crea e il grado d'influenza, determinato da questa qualità, si fissa a

vantaggio di un dato individuo. L'istesso può ripetersi per tutte le qualità, che valgono a determinar preminenze.

Così, in mezzo all'uniforme vita del gruppo, può delinearsi ed affermarsi l'autorità di un capo (guerriero, mago, indovino, ecc.). Quest'autorità è certamente il prodotto di una capacità presente o passata, la quale ha prodotto i suoi effetti, mano mano che ha trovato eco nelle altrui coscienze ed è stata creduta. L'autorità è un prodotto sociale, l'individuo non potrebbe costituirla con le sole sue forze; ma appunto perchè è un prodotto sociale, può operare sulla convivenza effetti duraturi. Abbiamo per tal modo i primi embrioni delle capacità nel loro duplice aspetto di forze individuali e di punti di convergenza di forze sociali. In queste forze possono rinvenire la genesi del primo apparato regolatore. Nei loro caratteri fondamentali esse sono sempre le stesse, perciò si ha nel fenomeno sociale una fondamentale unità e continuità di vita e di sviluppo, tanto che l'esame delle cause attuali ci permette di renderci conto di quel fenomeno in epoche così remote e così diverse da quella, in cui ora viviamo. Senza di questa continuità, il passaggio da un'epoca all'altra diventerebbe un salto inesplicabile.

§ 284. — Se ora vogliamo conoscere come potevano allora operare queste capacità, dobbiamo aspettarci di rinvenire quei medesimi modi con i quali in fondo operano in tutti gli aggregati, e cioè la suggestione e la credenza, che utilizzano e consolidano i loro prodotti con l'opera della ripetizione. Questo esse fanno in maniera non sempre pienamente cosciente e con una chiara percezione degli scopi, cui infine conduce la loro azione; ma ciò non toglie che tali scopi a poco a poco si conseguano per un insieme di cause e sopra tutto in forza delle stesse esigenze della vita in comune.

In altri termini, le capacità operano con quelle stesse

forze per mezzo delle quali la loro autorità si afferma nell'ambiente; prodotti delle credenze, suggestionano i meno capaci, suscitando credenze nei loro animi e li inducono ad imitare e a ripetere. Così, i più forti, i più intelligenti, i più anziani, in genere, i meglio dotati nel fisico e nel morale, iniziano le prime forme di adattamento alla vita sociale, i primi riti, i primi criteri di valutazione degli atti, impongono o suggeriscono le prime maniere di comportarsi nei rapporti reciproci, sia operando in base a un proprio criterio rudimentale, sia in certo modo raccogliendo e dando forma più cosciente a ciò che si era andato producendo in maniera quasi insensibile per opera di capacità inferiori. Quelle iniziative trovano seguito, si diffondono, s'incorporano a dir così nella vita del gruppo, si trasformano in credenze, entrano a far parte della comune coscienza del piccolo aggregato.

Secondo un modo di pensare che acquistò molta voga nel secolo XVIII, sotto l'influsso delle dottrine intellettualiste, i fatti sociali sarebbero dovuti alla cosciente opera di pochi, mossi dal desiderio di raggiungere certi dati scopi e perciò le religioni furono effetto della furberia dei preti; le leggi, della prepotenza o dell'inganno dei governanti, e via di seguito. La società verrebbe plasmata a piacimento, secondo l'intelligenza e il volere di chi comanda. A questo modo di pensare ne successe un altro del tutto opposto, secondo il quale tutti i fatti sociali sono il prodotto di lente formazioni, dovute a un numero infinito di forze, che operano in modo quasi invisibile, a traverso una mistica coscienza popolare e indipendente dalla volontà dei singoli individui.

Le due vedute sono erronee, perchè non si rendono pienamente conto della realtà, ma contengono l'una e l'altra un elemento di vero. Non è l'intelligenza, l'astuzia, la volontà o l'arbitrio di pochi, che crea le istituzioni sociali; ma è indubitato che esse sono dovute alle ini-

ziative fortunate di un certo numero d'individui, mano mano modificate, perfezionate, svolte e completate ad altri individui. E queste iniziative non sono esse stesse creazioni improvvise ed arbitrarie; sono combinazioni, sintesi di elementi lentamente elaboratisi nella vita in comune, che si producono nelle coscienze in un dato tempo, per impulso dei comuni bisognosi e trovano perciò imitatori e seguaci e si diffondono per opera di comuni convincimenti. Tali convincimenti, alla loro volta, sono possibili, perchè vi è nelle umane coscienze una comune conformazione e perciò la possibilità di processi e di attitudini uniformi; onde lo stimolo di certe esigenze desta presso tutti determinate forme di attività psichiche e induce a provvedervi nel modo medesimo.

Questo giuoco incomincia ad apparire nei primi aggregati umani; solo che allora l'azione delle capacità è appena percettibile e perciò esse più che creatrici del costume, ne appariscono organi portatori, conservatori ed interpreti. Il fenomeno peraltro, quantunque in proporzioni diverse, si verifica in tutte le epoche di conservazione, poichè allora due cause potentemente agiscono ad offuscare l'opera delle capacità, e cioè la lentezza delle trasformazioni ed il carattere poco innovatore delle iniziative. Due fatti strettamente connessi, che si presuppongono; le trasformazioni sono lente, perchè le credenze tendono con molta tenacia a conservarsi immutate; e d'altra parte, la tenacia delle credenze, rende impossibile la formazione, o l'azione, di capacità originali.

Nel gruppo primitivo le tendenze proprie di queste epoche si presentano nel modo più spiccato, poichè massima è allora la povertà di contenuto nelle coscienze e minimo è lo stimolo delle esigenze nuove. Anche la stessa forma di solidarietà contribuisce ad offuscare ed a restringere l'opera dei capaci. Dove le credenze sono molto intense, le capacità non possono agire se non nel

senso delle credenze dominanti e per mezzo di esse. La prima condizione per operare sul costume è quella di credervi, onde più opera sulla sua formazione, chi più vi crede o mostra di credervi e riesce più a convincere gli altri intorno a questa sua credenza. Forse in nessun'altra epoca della storia umana il *fingunt simulque credunt* apparisce così vero; ma con quest'aggiunta, che la stessa finzione diventa una credenza pari alla stessa credenza.

Ecco per quale ragione, in tale stadio di vita sociale, le capacità che operano sulla formazione del costume, non possono apparire se quali interpreti di norme esistenti. Gli anziani, i più abili, i più rispettati, che iniziano un nuovo atto, non trovano seguito se non quando si persuadono e riescono a persuadere che esso è conforme al costume dominante, ne è una fedele interpretazione. L'idea di una nuova norma, che in un dato momento venga a regolare i rapporti comuni, è allora inconcepibile.

§ 285. — Queste osservazioni ci permettono di valutare due opposte opinioni che possono essere sostenute intorno all'azione della capacità nella formazione del costume. Esse vennero espresse in due scritti diversi del Summener Maine, quantunque le opinioni di questo scrittore si riferiscono a uno stadio di sviluppo più avanzato del costume primitivo. Egli prima sostenne che, siccome nell'infanzia del genere umano gli uomini non concepivano un'azione continua e periodica, se non supponendo una volontà capace di determinarla, così le sentenze del giudice si consideravano come ispirate dalla divinità (*Ancien droit,* pag. 4). In seguito il Maine modificò questa opinione ed affermò che le sentenze sono ricavate indubbiamente da consuetudini e usi, preesistenti, quantunque esista il convincimento che esse siano state suggerite dalla divinità (*Études sur l'ancien droit,* pag. 218).

Ho accennato a queste due opinioni, non solo per l'autorità dello scrittore, che successivamente le sostenne, ma anche perchè esse costituiscono le due maniere, secondo le quali si può concepire l'azione dei capaci. Peraltro esse sono entrambe errate. La sentenza suppone già un criterio di valutazione lentamente costituitasi nelle coscienze per opera di credenze comuni sulla base di un rudimentale principio di giustizia identico in tutto. L'atto dei capaci non può congiungersi con le divinità e apparirne una emanazione se non per mezzo di quelle comuni credenze e in armonia con esse. Ma d'altra parte il costume e le credenze, che lo rendono obbligatorio, non poteva sorgere se non per mezzo delle interazioni fra gli uomini e col concorso di capacità.

Sentenza e costume adunque si presuppongono e si completano ed è inutile ricercare quale sia sorto prima, perchè sorgono coevi in forza di una serie di modificazioni insensibili, per cui, mentre si fissano a poco a poco certe comuni maniere di agire, si determinano anche gli organi rudimentali, che le esprimono e le applicano e contribuiscono, alla loro volta, a svilupparle maggiormente. Il fenomeno può osservarsi dovunque si formano convivenze umane durature. Per opera delle piccole iniziative di alcuni, che in forza delle proprie attitudini diventano centri di attrazione, di simpatia e di sfere d'influenza, si determinano regole di agire comuni; le quali poi si affermano e si esplicano per mezzo dei giudizi dei medesimi iniziatori o di altre capacità. Ma il giudizio può costituire una iniziativa solo allorchè trova risonanza nelle coscienze e risponde a certi bisogni comunemente sentiti e a certi comuni criterî della condotta, quantunque esso vesta sempre, più o meno, il carattere di una semplice interpretazione di regole già esistenti.

S'inizia per tal modo il rapporto fra la regola e l'interpretazione, che poi deve rappresentare una parte

così notevole nella vita del diritto. Ma, in un periodo primitivo (e del resto fino ad un'epoca abbastanza avanzata delle formazioni giuridiche) le iniziative assumono o tendono sempre ad assumere il carattere d'interpretazione, perchè la regola apparisce collegata con un comando divino o con una forza misteriosa, superiore alla volontà umana. Che gli uomini con la sola loro volontà possono imporsi o imporre una regola, è concetto che non può penetrare in coscienze, nelle quali la personalità non è ancora sviluppata. Perciò le iniziative approdano solo in quanto si presentano come rivelazione di un costume esistente, come espressione di una tradizione immemorabile o di una forza misteriosa, che sovrasta alle volontà degli uomini e s'impone ciecamente.

Del resto, allo stadio del quale possiamo avere qualche notizia indiretta del costume primitivo, esso si è già costituito, si regge sopra un certo nucleo di credenze; vi è nel gruppo una certa forza sociale accumulata e non è quindi possibile operare se non in armonia con essa; abbiamo una forma di solidarietà, che non comporta iniziative se non in quanto esse si vestano in certo qual modo di quella medesima patina, che lega ed avvolge in un sol tutto le singole coscienze. Per queste medesime ragioni l'ambiente non comporta che le piccole iniziative, rivolte più alla conservazione, anzichè allo sviluppo di una coscienza comune.

§ 286. — E qui entra in considerazione un altro fattore formale, che oltre le capacità e le credenze, collabora alla formazione del costume e del suo consolidamento, voglio accennare ad un fatto che già conosciamo col nome generico di ripetizione.

Sappiamo già da quello che abbiamo detto nel parlare delle fonti, come la ripetizione operi determinando predisposizioni negli organismi, predilezioni nelle coscienze e dando origine al fatto dell'autorità, allorchè si estrin-

seca nei rapporti fra gl'individui. Sappiamo anche delle sue intime connessioni col fatto delle capacità e delle credenze. Ora, è appena necessario notare quale importanza possa assumere la ripetizione rispetto al costume primitivo. Tutto ciò che abbiamo detto circa i caratteri di questo non è in fondo che conseguenza del grande rilievo, che vi assume il fenomeno della ripetizione. Una solidarietà meccanica è già per sè stessa una solidarietà a base di ripetizioni, sia nell'interno di ciascuna coscienza, sia nei rapporti fra le coscienze. Le iniziative non vi possono approdare se non quando assumono il carattere della ripetizione o appariscono in qualche modo legale con le idee e con gli atti che si ripetono, o si ritiene, si siano ripetuti da epoche immemorabili.

Il costume quindi vive del costume e non può trasformarsi se non per opera di sè stesso. Cioè ogni innovazione deve presentarsi sotto forma di costume, poichè solo sotto questa forma può conquidere gli animi e piegare la volontà. Se non che l'azione della ripetizione è duplice: essa non è semplice istrumento di conservazione, ma anche di trasformazione lenta e insensibile e quindi di creazione. Per quanto simili, anche in uno stadio primitivo, gli atti non sono del tutto identici; elementi innovatori a poco a poco s'infiltrano e si aggiungono ad ogni ripetizione; ma le diversità, le aggiunte non possono osservarsi se non dopo lungo lasso di tempo, quando esse sono già entrate nel costume e vi hanno prodotto i loro effetti. Onde la ripetizione, mentre da un lato consolida e conserva, dall'altro rende possibile le modificazioni graduali e più propriamente quelle modificazioni che sono in certo modo effetto del medesimo processo e ne diventano alla loro volta cause.

§ 287. — Rinveniamo così tutti gli elementi che abbiamo incontrato allorchè ci occupammo delle fonti, ed è naturale, poichè essi sono i fattori che operano

nella formazione di qualunque norma di condotta comune, in qualunque aggregato umano. L'uniforme carattere della regola sociale dipende appunto dal fatto che essa è sempre dovuta all'azione dei medesimi elementi. Nel costume primitivo tali elementi operano ancora confusi, perchè non abbiamo organi specifici per mezzo dei quali si esplichi l'azione dei capaci, nè credenze specifiche intorno all'autorità delle varie categorie di norme, nè specifiche distribuzioni di forze sociali; ma abbiamo una credenza comune, che avvolge tutte le coscienze e tutte le coordina in una formazione comune. Le coscienze sono tutte, in certo modo obbiettivate in un medesimo costume, che diventa così il fedele riflesso di tutte le coscienze. Per cui non sono ancora possibili tutti quei conflitti, che abbiamo veduto scaturire nel diritto in epoche posteriori. Le coscienze sono, a così dire, accordate all'unisono e trovano tutte nel costume la loro piena soddisfazione; o pure vengono da questo siffattamente compresse e come assorbite, da non poter nutrire aspirazioni divergenti.

Ciò semplifica immensamente il problema dell'osservanza delle norme, che a noi apparisce così arduo. Si può dire che in tale stadio questo problema non esista, poichè le norme hanno così salda radice nella coscienza di ciascuno, da render quasi impossibile l'idea della non osservanza. E non si può neppur parlare di una vera coazione esterna, come ora noi l'intendiamo, poichè quei comuni modi di agire si sono talmente immedesimati nel modo di pensare e di volere di ciascuno, che non vengono più sentiti come coattivamente imposti; a un di presso come il nostro corpo non sente la pressione dell'aria, che l'avvolge o dei vestiti con i quali è stato sempre coperto. Con ciò non si esclude che divergenze e casi di disobbedienza possono anche allora prodursi, poichè dobbiamo ricordare che nelle coscienze sono sempre possibili le varietà e le sintesi autonome, ma

tali casi devono allora apparire come del tutto straordinarî e anormali e, come diremmo ora, patologici. E per gli stessi sentimenti di reazione, che provocano in seno del gruppo, valgono a rinforzare anzi che a scuotere l'istintivo bisogno dell'osservanza.

La coazione suppone sempre la possibilità di una resistenza, di una reazione contro il comando e perciò fa appello a sentimenti, a motivi in contrasto con quelli che possono determinare tali reazioni, suppone un conflitto di esigenze. Ma, come ho detto, tali conflitti non possono allora sorgere e perciò l'obbedienza acquista carattere meccanico, vero riflesso della solidarietà su cui s'impernia. Ridotta a tali condizioni, l'osservanza non ha neppure un vero valore etico, siccome non avrebbe valore etico la condotta morale automatica, vagheggiata come ideale da alcune scuole filosofiche. L'osservanza nel senso etico implica sempre lo sforzo, la lotta contro tendenze o moventi in contrasto col precetto, quindi la piena coscienza di una scelta fra ciò che si fa e ciò che si dovrebbe fare. Ma, non può d'altra parte negarsi che, anche l'osservanza automatica, acquista un grande valore sociale allorchè le coscienze devono educarsi alla vita in comune e sviluppare quindi uniformità di voleri e di tendenze, base indispensabile per le formazioni ulteriori.

§ 288. — Col costume è dato il primo criterio di valutazione degli atti e quindi una prima distinzione fra gli atti che si debbono e atti che non si debbono compiere. Come avviene per tutte le norme, il criterio valutativo si presenta prima quale uno stato emotivo fondato su di un semplice intuito, e trova la sua chiara espressione soltanto nell'atto, il quale poi reagisce sui processi interni, provocandovi una distinzione fra stati coscienti favorevoli e stati contrarî a quel dato modo d'agire. Ma la distinzione non può fissarsi in modo definitivo se non allorquando gli atti si consolidano in una

norma, si impongono per mezzo di un comando. È per opera di questo appunto che il criterio di valutazione può affermarsi in tutta la sua pienezza. Perchè esso tanto più acquista carattere direttivo per le coscienze, quanto più diventa assoluto e può sottrarsi alle discussioni ed ai dubbî, non solo intorno alla sua portata esterna, ma anche intorno alla sua intrinseca natura.

Questo appunto si verifica rispetto al costume primitivo, che è insieme di regole ispirate da un criterio di valutazione identico per tutto il gruppo. La compenetrazione delle coscienze, cementata dalle credenze comuni, renderebbe impossibile la formazione di diversi criterî valutativi; e formando quasi un tutt'uno con le coscienze, il costume non può ispirarsi che ad un criterio unico, che è in pari tempo subbiettivo ed obbiettivo, interno ed esterno. Parlando della responsabilità, già avemmo occasione di notare che in tale stadio di sviluppo, non si può parlare se non in un senso molto relativo di un mondo subbiettivo e di un mondo obbiettivo, poichè non è ancora sorta quell'opposizione caratteristica fra le coscienze e le loro produzioni obbiettivate. Il subbiettivo è in pari tempo obbiettivo, perchè esiste in tutte le coscienze nel modo medesimo e perchè le singole personalità non si sono costituite, o meglio, non si sentono ancora centri autonomi di energia psichica, con un valore proprio e indipendente. E l'obbiettivo, cioè i prodotti obbiettivati del volere, vivono in tutte le coscienze nel modo medesimo.

A mantenere questa confusione contribuisce anche la mancanza di quei mezzi con i quali i prodotti della coscienza si fissano obbiettivamente per opera della scrittura, dell'arte, delle istituzioni. Si può dire che in tale stadio unico mezzo di obbiettivazione sia la lingua parlata, una lingua ancora assai rozza ed imperfetta, incapace di assumere le forme svariate di suoni, di

combinazioni e di costrutti, la ricchezza di espressioni atte e stimolare e in pari tempo a fissare i processi psichici divergenti nelle personalità più sviluppate.

Queste considerazioni ci spiegano ancor meglio perchè in tale stadio non siano possibili quei conflitti tra la forma e il contenuto, che tanta importanza assumono negli stadî ulteriori di sviluppo e tanta efficacia possono acquistare nel processo di trasformazione delle norme in genere e del diritto in ispecie. Il contenuto è tutto nella forma, perchè il criterio di valutazione, rudimentale, vagamento sentito, è unico per tutte le coscienze, come identiche sono le credenze che lo ispirano e per mezzo delle quali si rivela e si afferma.

CAPITOLO V

La giustizia primitiva.

§ 289. — Gli autori si domandano quale sia stata la giustizia primitiva per il modo come si attuava la norma e come si facevano valere le sanzioni. Veramente tale domanda implica la formulazione di un problema che allora non esiste. Di una giustizia in tal senso non si può ancora discorrere, perchè non esiste ancora il diritto e non si sono ancora differenziati gli elementi costitutivi delle diverse categorie di norme. Non vi è quindi un criterio giuridico, quantunque vi siano nel costume e nelle coscienze gli elementi con i quali questo elemento si dovrà in seguito costituire. La giustizia come attuazione del diritto si presenta ancora confusa

con elementi e con criteri ad essa estranei e nelle forme imperfette della reazione collettiva e violenta. Tale reazione assume duplice forma, è interna, cioè nell'ambito del gruppo, o esterna, cioè nei rapporti fra i gruppi.

Il gruppo, nella sua totalità, internamente, reagisce per la conservazione del suo costume; esternamente reagisce per la conservazione della sua integrità ed autonomia. Esso tende istintivamente a conservarsi ed a conservare immutato il suo costume e perciò le due forme di reazione sono un semplice mezzo di difesa, che può essere proporzionato allo scopo generico, non all'atto singolo che lo provoca perchè è reazione violenta e non comporta ancora distinzioni basate sul grado di gravità o sulla natura delle cause, onde la infrazione è prodotta.

Non essendovi distinzione (come già osservammo) fra atto intenzionale e non intenzionale, ogni offesa al costume assume il medesimo carattere e desta i medesimi sentimenti di repulsione. Il costume è un tutto sacro intangibile in tutte le sue parti; come il gruppo è un tutto sacro intangibile da tutti i suoi lati; ciò che in qualsiasi maniera minaccia l'uno o l'altro, provoca immediatamente gli stessi stati emotivi e perciò tende ad assumere il medesimo carattere. La credenza comune protegge e conserva il tutto e perciò non può essere scossa in alcuna delle sue parti, senza provocare il medesimo risentimento.

Ma d'altra parte, è indubitato che, fino a quando predominano in modo così vivo questi stati di coscienza, non è il caso di parlare di giustizia. La reazione è reazione di difesa, non reazione per il trionfo della giustizia; mira alla eliminazione del violatore piuttosto che al ristabilimento dell'equilibrio turbato. Vi è nel fenomeno nella giustizia un elemento solo, il risentimento, manca il criterio di eguaglianza, di equilibrio,

di proporzione, o per meglio dire, questi sono in uno stadio ancora istintivo. Ma il risentimento è generale, collettivo per ogni violazione, che è in pari tempo peccato, immoralità, sconvenienza, reato; o meglio, un insieme indistinto, in cui sono ancora confuse tutte queste forme di violazione. Sopra tutto essa è offesa alla comune credenza, che consacra tutti i rapporti, e perciò il violatore apparisce come infetto da una specie di lue, d'impurità pericolosa di contagio, apportatrice di malefizio. Di qui i *tabù* inflitti ai colpevoli, i sacrifizì, i riti di purificazione per allontanare il malefizio. Tali riti si conservano anche in epoche molto più progredite e appariscono assai frequenti nei selvaggi contemporanei.

§ 290. — Alla reazione cieca ed istintiva succede in processo di tempo una reazione, anch'essa eccessiva e violenta, ma già capace di una certa regola, cioè la vendetta. La vendetta costituisce, se non moralmente, certo psicologicamente, una forma più evoluta di fronte alla reazione istintiva. Essa può essere infatti una reazione indugiata, comporta perciò uno stadio intermedio, durante il quale la riflessione può svilupparsi e dar adito a un primo criterio di giustizia. In altri termini, la vendetta può comportare una prima forma di disciplina, che fissi i luoghi, i tempi, in cui deve esercitarsi, il modo come deve farsi valere, le persone alle quali spetta, ecc. In epoche più evolute può assorgere quasi a dignità d'istituto giuridico.

Ma rimane sempre reazione violenta e arbitraria, incapace di assorgere a vera sanzione garante di giustizia e di pace sociale. Essa si avvolge in un circolo vizioso senza uscita, poichè la vendetta richiama la vendetta, fino all'infinito, e un ordine sociale qualunque non può basarsi sopra un sistema di vendette. Inoltre essa viene esercitata dall'offeso o da persone a lui legate da vincoli di sangue o di credenze; ed è sempre

congiunta con interessi particolari, con stati emotivi assai intensi, e quindi incapace di ricevere una norma obbiettiva o di assoggettarsi interamente al criterio di una certa proporzione fra la reazione e l'offesa. Quando si mostra capace di vera disciplina, allora ha già cominciato a perdere il suo vero carattere e si è accoppiata con altri elementi, che la temperano e la trasformano.

§ 291. — Una prima forma di vera e propria regola di reazione sociale è data dal taglione. Questo è già per sè stesso regola, forma di sanzione punitrice; per esso al violatore si deve possibilmente irrogare un male del medesimo genere e nelle medesime proporzioni da quello prodotto: *occhio per occhio, dente per dente.* Perciò può attuarsi con esso un primo, quantunque assai imperfetto, criterio di giustizia e quindi un primo concetto di eguaglianza e di proporzione; di eguaglianza, perchè non sono possibili sofferenze eguali se non in esseri di eguale natura; di proporzione, perchè si mira ad una adeguazione della sofferenza col male prodotto.

Tali concetti, naturalmente vaghi e imperfetti da principio, si riferiscono a fatti visibili e materiali, suggeriscono criterî rozzi e incompleti; ma contengono la possibilità di sviluppi e di raffinamenti. Così, alla mera proporzionalità materiale fra l'offesa e la sanzione, si può sostituire una proporzionalità morale. E in fondo, tutte le forme di sanzioni mirano a questo. Noi vogliamo sempre infliggere al reo una sofferenza personale che stia in qualche proporzione con la disuguaglianza e quindi col disequilibrio prodotto dalla violazione. Anche i sistemi penali che sembrano più lontani da quest'ordine d'idee, sono poi praticamente indotti ad accettarlo, poichè esso è conseguenza naturale di quel criterio di giustizia, che opera in tutte le coscienze e che vuole un proporzionale equilibrio di rapporti, sia

nell'attività interna, sia in quella esteriore; di guisa che se uno dei termini del rapporto si sposta, sorge tosto irresistibile il bisogno di provocare un correlativo spostamento anche nell'atto termine.

Da qui il valore etico e giuridico del taglione, non ostante le forme rozze e repugnanti che assume nel suo inizio, gli eccessi e le aberrazioni, con le quali può manifestarsi, sotto l'impulso di stati emotivi non ancora guidati da un retto giudizio.

Un'altra caratteristica importante del taglione è la sua possibilità di assurgere a norma pubblica e quindi obbiettivarsi quale regola comune, staccandosi dai subbiettivi apprezzamenti e dagli arbitrî dei singoli. A differenza della vendetta che non perviene mai ad uscire dall'arbitrio privato, esso tende per propria natura ad assumere forma regolata, perchè è già per sè stesso principio regolatore. Onde se la vendetta rimane sempre sotto il dominio dei sentimenti, il taglione può venir ricondotto sotto quello della ragione. Per ciò che la vendetta si trasforma in taglione allorchè tende ad assumere forme regolate; e il taglione appunto apparisce non appena comincia a fissarsi un certo ordinamento stabile di vita sociale e quindi un sistema regolato di sanzioni. In esso infatti il principio di giustizia si rivela in una forma ancor rozza e materiale, ma che è già il germe delle future trasformazioni.

§ 292. — Una di queste, che apparisce in epoche di sviluppo alquanto più avanzato, è la *composizione*. Essa si può dire che sia il taglione sotto forma economica, pattuito sulla base di utilità di carattere patrimoniale. La violazione, l'offesa, si *compensano*, non più con una sofferenza personale, ma con una utilità materiale offerta in cambio dall'offensore o da esso dovuta.

Prima accidentale e mutevole, determinato caso per caso, il criterio della composizione a poco a poco si fissa, assurge a un vero sistema di norme, suggerisce

le *tariffe di composizione*, con le quali, all'entità delle offese viene definitivamente commisurata una determinata forma di utilità ritenuta proporzionale. Ma l'attuazione di questo sistema suppone gia lo sviluppo dell'elemento economico e di criterî di valutazione, che ci trasportano in un periodo ben più evoluto e distante dai primitivi aggregati embrionali; come anche suppone lo sviluppo dei primi germi del diritto e del criterio giuridico.

CAPITOLO VI

I primi germi del diritto.

§ 293. — Negli aggregati dei quali ci siamo occupati finora mancavano le condizioni essenziali perchè il diritto potesse differenziarsi dall'insieme dei criterî e delle regole, in base alle quali si svolgeva la vita del gruppo. Queste sono due sopra tutto: l'affermazione della personalità umana quale soggetto autonomo, la costituzione di un potere sociale specifico. Nel diritto abbiamo sempre bisogno di queste due basi, perchè non può esistere un vero e proprio ordinamento giuridico senza soggetti operanti, capaci di dispiegare un'attività autonoma, garantita in un dato modo e senza un potere supremo capace di accordare questa garanzia e di regolare quest'attività per mezzo di comandi fissi, in qualche modo obbiettivati. Avendo il diritto due aspetti, il subbiettivo e l'obbiettivo, si capisce che esso non può

esistere dove non esiste il soggetto o dove non esiste il potere ordinatore dei comandi giuridici.

Nel gruppo primitivo queste due condizioni mancano. L'individuo esiste solo di fatto, ma non possiede ancora la coscienza del proprio essere e della propria autonomia; non percepisce ancora sè stesso come elemento distinto. Assorbito dall'uniformità parificatrice dell'ambiente, egli non può assorgere alla dignità di persona. E non esiste neppure il potere quale forza sociale specifica. Vi è certo un potere sociale, quale naturalmente esiste in ogni gruppo, ma esso è un potere diffuso, non ancora ordinato e concentrato in organi fissi e quindi esposto alle oscillazioni e agli arbitrî.

Questi due fatti sono strettamente collegati fra di loro, poichè la personalità non può sorgere senza un potere capace di garantirla e il potere non può costituirsi senza la formazione di personalità capaci di accentrare una data quantità di forza sociale e di disporne. E se questi due fatti sono strettamente connessi, identica deve essere la causa dalla quale dipendono. Questa causa consiste nella formazione e nello sviluppo delle capacità. Perchè adunque la personalità si affermi e con essa si affermi il potere, occorre che si rompa la monotomia del gruppo, si sgretoli quella rigidità parificatrice del costume e cominci un processo di specificazione, che permetta alle prime indistinte capacità di uscire dal loro stadio embrionale e di prendere piena coscienza del proprio essere. Fin qui adunque la vita del gruppo rimaneva immutata nel modo come l'abbiamo descritta, le condizioni necessarie per la formazione del diritto non potevano darsi.

§ 294. — Ma, se non in seno del gruppo, queste condizioni potevano cominciare a verificarsi nei rapporti fra i gruppi. Siccome il gruppo formava una sola unità, così esso appariva come una sola persona di fronte agli altri gruppi, con i quali le necessità di

quelle convivenze lo mettevano in contatto. In esso si svilupparono appunto i primi germi della individualità e del potere autonomo allorchè, in rapporto con altri gruppi, sentì il bisogno di una coesistenza e poi di una cooperazione di gruppi. Con felice intuito il Sumner Maine (*Ancient droit*, pag. 158) aveva assimilato il diritto antico ad una specie di diritto internazionale « destinato a riempire gli interstizi esistenti fra i gruppi, che erano allora le unità sociali ». Veramente l'affermazione del Maine si riferisce ad un periodo più evoluto della vita del diritto, quando questo carattere, diciamo così, internazionale, dei rapporti fra i gruppi, cominciava di già a trasformarsi. In epoche più remote, allorchè una prima convivenza fra gruppi s'iniziava, questo carattere doveva essere ben più accentuato.

Infatti un rapporto fra gruppi autonomi non poteva determinarsi se non per mezzo di un patto tacito od espresso, cioè di un consenso reciproco, che, scaturendo da voleri autonomi, ne costituisca in pari tempo il riconoscimento e ponga la regola del loro reciproco operare. Il diritto suppone l'esistenza di poteri di fatto e il sentimento di tali poteri, quindi il contrasto di personalità e di poteri, che vogliono farsi valere gli uni di fronte agli altri. E dal contrasto che si sviluppano quegli stati emotivi e quei processi mentali, che possono condurre al sentimento e al concetto di una norma di garanzia; come è dal potere che viene suggerito il sentimento e il concetto di una sfera autonoma di attività. Sono queste le condizioni che rendono possibile, non solo, ma anche necessario, il patto. Le dottrine contrattualiste contengono un elemento di vero, anche dal punto di vista storico, in quanto riconoscono o presuppongono che su volontà che reputano di possedere poteri eguali, non può imperare altra norma se non quella spontaneamente accettata. E in tale situazione i gruppi primitivi si presentavano allorchè entrarono in rapporto.

§ 295. — Ma dove il patto può attingere la sua forza obbligatoria se ancora fra le parti non esiste alcun rapporto? Posto in modo così assoluto, il problema sembra insolubile da un punto di vista puramente teoretico; ma il diritto si forma con la vita sociale e in questa noi possiamo rinvenire la spiegazione.

Le necessità della vita dovevano a poco a poco indurre a un primo scambio di cose e di servizî fra gruppi o ad una prima limitazione delle rispettive attività. Questo si sarà probabilmente iniziato con atti rari e saltuari, siccome avviene fra persone che non hanno comunanza di vita; e si sarà iniziato in maniera quasi istintiva, come poteva accadere fra persone, che non hanno alcuna coscienza dei fini lontani e sono interamente assorbite dalle necessità immediate dell'esistenza. Ma l'utilità stessa dello scambio delle cose e dei servizî, doveva gradatamente rendere quei rapporti più frequenti e per conseguenza anche mano mano più chiara la coscienza della loro utilità. Onde, ciò che prima fu iniziato quasi istintivamente, si proseguì poi con intenzione e con la percezione sempre più netta degli scopi da proporsi e da conseguire. Quì, come sempre, a misura che l'atto si ripete, lo scopo si precisa, l'esigenza si sviluppa e si concreta, e quindi i rapporti si moltiplicano e si moltiplicano le occasioni per regolarli in quel dato modo.

Ma, col moltiplicarsi delle occasioni, acquistano sempre più rilievo e sviluppano la loro azione tre diversi elementi, che possono allora considerarsi quali i tre fattori della obbligatorietà del patto.

Innanzi tutto abbiamo l'azione del principio di giustizia, che combinato col principio di utilità e con certi dati elementi emotivi, dà il diritto. Come sappiamo, il principio di giustizia è un elemento che opera in tutte le coscienze umane ed opera nel modo medesimo a causa della loro fondamentale unità di struttura. In uno stadio

primitivo esso non poteva rivelarsi che in maniera ancora embrionale, ma certo sufficiente a generare il primo sentimento dell'obbligo, il quale si rivela, sia nel ritenersi legato dalla promessa propria, sia nel pretendere l'osservanza delle promesse altrui. E si capisce che questo concetto dell'obbligo diventava mano mano più chiaro col crescere delle occasioni che ne rendevano utile la osservanza, quindi con la pratica stessa dell'obbligo.

§ 296. — Ma a questa causa se ne aggiunge un'altra di molta importanza, che noi possiamo indicare col nome di proiezione delle credenze del gruppo.

Gl'individui umani tendono tutti, più o meno, a proiettare il loro mondo interno sui rapporti della vita esteriore e perciò a valutare questa con i sentimenti e i criterî suggeriti da quella. Noi, in altri termini, facciamo più o meno le cose a nostra immagine e somiglianza e ci regoliamo quindi di fronte ad esse in conseguenza. Prima infatti che la realtà obbiettiva possa entrare nei nostri giudizi di valore, occorre che si subbiettivi, che entri a far parte del nostro mondo interno e che si conformi in qualche modo con la sua natura, acquistandone, a dir così, il suo colorito. E, foggiata a tal modo, tende a proiettarsi con i caratteri, che vi ha acquistato. Certo noi siamo sempre costretti a tener conto delle necessità che il mondo esterno c'impone e cerchiamo di metterci in armonia con esse con un processo di adattamento; ma la guida e il criterio che dirigono tale processo sono sempre dati da una elaborazione della nostra psiche.

Ora, questo che avviene per l'individuo singolo, si ripete anche per la vita del gruppo, allorchè si costituisce in seno di esso una comunanza intima d'idee e di sentimenti. Il gruppo, e cioè gl'individui che lo compongono, tendono a comprendere i rapporti con gli altri gruppi e ad agire di fronte ad essi conformemente alla comunanza psichica costituitasi in seno del gruppo. Que-

sto ha, in certo modo, la sua anima e vede le cose a traverso di essa, per conseguenza projetta le proprie credenze e i proprî criterî di valutazione. E si capisce che più intima è la vita interna del gruppo e più accentuato diventa questo fenomeno di proiezione.

Ora, può intuirsi con quale intensità questo fenomeno doveva prodursi nel gruppo primitivo a solidarietà meccanica, nel quale la fusione delle coscienze era portata al suo massimo grado. Se per un verso questa intima comunanza psichica doveva portare il gruppo all'isolamento; per un altro verso doveva condurre a proiettare il suo mondo interno per comprendere e valutare il nuovo mondo di fatti e di azioni umane, a misura che questo si formava con i contatti fra i gruppi. Senza dubbio, le credenze che per tal modo si trovavano di fronte non erano eguali e venivano anzi riguardate come molto diverse; ma eguali o almeno simili ne erano gli effetti, e cioè il sentimento dell'obbligo, il dovere dell'osservanza di certe date regole. In fondo la maniera di cooperazione in seno di ciascun gruppo era quasi identica, poichè tutti si trovavano presso a poco nel medesimo grado di sviluppo; onde non potevano non essersi costituite certe maniere di pensare e di sentire assai simili, sopra tutto si dovevano essere formate la idea e il sentimento di una certa coerenza di condotta e del rispetto verso l'azione altrui. Con ciò erano dati alcuni elementi essenziali per l'osservanza del patto.

Ulteriori sviluppi dei rapporti e correlativamente della psiche, dovevano condurre a scoprire i lati comuni delle credenze diverse e a collegare con questi lati il fatto nuovo, o a cercare collegamenti artificiali, come nel fatto dell'adozione. Quando, ad esempio, si arriva a consacrare il patto per mezzo di sacrifizi separati, o meglio, comuni, si è oramai fatto un gran passo in questo senso, poichè questo implica che le credenze cominciano ad avvicinarsi e a combinarsi in qualche punto.

Un tale avvicinamento si rendeva facile, in quanto le credenze dei vari gruppi erano affini, non solo per i loro caratteri formali, ma anche per il loro contenuto e si riferivano a un medesimo grado di sviluppo sociale e psichico. I gruppi che entravano in contatto erano tutti gruppi gentilizi, organizzati sulle medesime basi e per giunta fra molti di essi il ricordo di una comunanza parentale e religiosa di altri tempi, poteva gradatamente ridestarsi con la spinta delle esigenze nuove.

Non occorreva quindi un grande sforzo mentale per estendere il sentimento dell'obbligo, costituitosi in seno del gruppo, ad atti e a rapporti, che si determinavano di fronte ai componenti di altri gruppi e a connettere questo sentimento, prima in modo vago, poi in maniera sempre più chiara, a una specie di credenza comune a tutti coloro, fra i quali i patti s'intrecciavano. La mente ricorre sempre alle credenze abituali per interpretare o valutare i fatti nuovi e ciò tanto più facilmente allorchè è meno evoluta. Ma siccome tutte le coscienze che si trovavano di fronte lavoravano in questo senso e i modi abituali di credere erano in fondo eguali, prima o poi, quei modi si dovevano avvicinare e fondere, facendo ritenere comune il modo, secondo cui quegli atti nuovi dovevano valutarsi.

È avvenuto a un di presso la medesima cosa, quantunque con modi e in condizioni molto diverse, nella formazione del diritto internazionale in un'epoca recente. La credenza in un diritto positivo comune a tutti gli Stati, indipendentemente dalla loro volontà, determinata da un comune principio di giustizia, alimentata da peculiari condizioni storiche, dalla idea di un diritto naturale, dalle nuove esigenze create dai rapporti internazionali, s'intensificò e si diffuse talmente negli Stati dell'occidente d'Europa, da far considerare come effettivamente esistente un tale diritto. In altri termini il convincimento intorno all'esistenza di un diritto po-

sitivo, indipendente dalla volontà dei singoli, si proiettò dall'interno di ciascuno Stato ai rapporti tra gli Stati. Il concetto di questo diritto superiore potè, in processo di tempo, trasformarsi o sparire del tutto, ma rimasero gli effetti, che il convincimento aveva prodotto e così il diritto internazionale potè continuare a sussistere e a svilupparsi come vero diritto positivo.

§ 297. — Come per l'interno del gruppo, anche nei rapporti fra i gruppi, va poi messo in rilievo il fatto della ripetizione, non come fatto meccanico, ma quale mezzo e occasione di prodotti spirituali.

I patti, iniziati accidentalmente in un dato modo per la spinta di certe date necessità, si ripetono poi in maniera quasi identica, sia per il persistere o per il ripetersi delle stesse necessità, sia per la mentalità poco evoluta e per la limitata potenza d'immaginazione di quegli uomini. Ma, ripetendosi, a poco a poco si determina, in forza degli effetti psichici che si accumulano con la ripetizione, prima il convincimento vago intorno all'autorità di ciò che si è fatto più volte e poscia la percezione sempre più chiara di un principio regolatore del patto e la credenza nel carattere sacrosanto del patto, anche fra gruppi diversi. E così mano mano si fissano anche le forme e le condizioni che conferiscono al patto il carattere della legittimità, come si fissano le occasioni nelle quali si può e si deve ricorrere a quel mezzo per regolare i rapporti esterni dei gruppi.

Per tal modo i patti, ripetendosi, generano spontaneamente la consuetudine regolatrice del patto, e cioè il convincimento intorno all'esistenza di una norma superiore, che rende il patto legittimo ed obbligatorio.

Non diverso è stato anche a tal riguardo il processo formativo del moderno diritto internazionale. Occorreva innanzi tutto determinare una regola, che valesse a stabilire la forza obbligatoria del consenso nei rapporti fra gli Stati. Senza questo presupposto non era possi-

bile parlare di un diritto internazionale positivo. I moderni internazionalisti, che vedono nel patto normativo la fonte precipua del diritto internazionale, si mettono certo da un punto di vista essenzialmente moderno; ma essi non sempre pensano che il patto, di qualunque genere esso sia, non può acquistare vero valore giuridico senza una norma che lo renda giuridicamente obbligatorio. Per cui esso necessariamente suppone tutto un processo formativo, per opera del quale si sia costituito l'obbligo dell' osservanza dei patti, anche fra persone non ancora legate da altre norme giuridiche. E questo processo è, almeno sotto questo aspetto, del medesimo genere di quello per cui si forma la consuetudine. Onde, anche sotto questo aspetto, la consuetudine può riguardarsi come la fonte più antica.

§ 298. — Questi tre fattori dell' obbligatorietà dei patti s'integrano e si rafforzano reciprocamente, perchè si presuppongono, come avviene di tutti i prodotti della psiche. E così, la ripetizione si collega con la credenza ed acquista efficacia in quanto permette alle credenze comuni ai gruppi di costituirsi e di consolidarsi; mentre d'altra parte queste rendono possibile e frequente la ripetizione. Infine, gli elementi ultimi del diritto, quali esistono nella psiche umana, dispiegano la loro azione per opera della proiezione delle credenze e della ripetizione degli atti e per conseguenza promuovono questi fatti, li sviluppano e segnano, fino ad un certo punto, le direttive, secondo le quali dovranno svolgersi, mentre, alla loro volta, queste credenze e questi atti ripetuti, forniscono agli elementi di giustizia, di utilità, di opportunità sociale la possibilità di fondersi in norme di condotta comune.

Allorchè, per l'intreccio di questi fattori, si arriva a sentire ed a concepire l'obbligo del patto, si cominciano anche a delineare i primi caratteri del diritto siccome distinto da tutte le altre regole e da tutti gli altri fatti

normativi. Apparisce il diritto sotto i due aspetti specifici di potere subbiettivo delle parti, che affermano le loro pretese e quale norma che tali pretese garantisce.

Ma è una concezione ancor vaga e imperfetta, non ancora connessa col criterio della sanzione specifica. Perchè una concezione più completa e più precisa potesse determinarsi, occorreva che quei rapporti assumessero un carattere interno, potessero subordinarsi, non ad un semplice elemento ideale, vagamente suggerito da una credenza comune, ma ad un potere visibile e palpabile, capace d'imporsi con la forza materiale. Occorreva che la vaga personalità collettiva si scomponesse nei suoi elementi, dando origine a poteri e a responsabilità individuali. Occorreva in fine che alla vaga legge del patto si sostituissero norme specifiche accompagnate da specifiche sanzioni. La legge del patto è sempre legge imperfetta per propria natura, perciò il diritto internazionale rimane in uno stato di imperfezione di fronte agli altri rami del diritto. E se questo avviene ora dopo tanti secoli di sviluppo del diritto, si può comprendere come potesse accadere nelle epoche primitive.

CAPITOLO VII

La formazione del potere e delle fonti.

§ 299. — Le condizioni propizie per un ulteriore sviluppo del diritto dovevano essere date da cause che mettessero i gruppi in più intimo contatto, in guisa da

produrre una compenetrazione di elementi disparati in seno di ciascuno o una sovrapposizione di gruppi in aggregati più vasti. Una di queste cause, si può dire anzi, la principale, fu la guerra. Questi gruppi dovevano, prima o poi, entrare fra di loro in conflitto, sia per necessità di difesa e anche a causa della stessa disparità di vita, che la segregazione sviluppava ed alimentava.

La guerra doveva produrre conseguenze notevoli per la vita del diritto e dello Stato. Essa a poco a poco minava l'omogeneità primitiva, rendendo possibile e provocando la formazione di capacità, mano mano più diverse le une delle altre e più coscienti di queste diversità, e determinando un concentramento di potere a favore di alcune persone o di alcuni organi rudimentali. La guerra infatti esercita un'azione eminentemente selettrice, non solo nel senso che elimina i più deboli, ma anche perchè mette in evidenza i più forti e fornisce ad essi l'occasione di affermarsi e di farsi valere. Inoltre, rende necessaria una forma di organizzazione sotto la guida di un solo o di pochi e perciò una prima forma di specificazione e di subordinazione di parti. Questa forma doveva gradatamente svilupparsi col protrarsi dello stato di guerra; poichè, a parità di condizioni i gruppi meglio ordinati, riuscivano vittoriosi.

Ma, quel che più importa, la guerra procurava l'infiltramento di elementi eterogenei in seno del gruppo, prima per mezzo della schiavitù e poi, in proporzioni ben più grandi, per mezzo della conquista. Con la schiavitù s'inizia già una vera divisione di lavoro, che è causa di un notevole differenziamento di parti, atto a promuovere lo sviluppo della personalità in alcuni, comprimendo la personalità di altri. Ma è propriamente con la conquista che si produce la trasformazione del gruppo primitivo, la dissoluzione della sua interna omogeneità e quindi lo sviluppo del potere politico vero e proprio.

§ 300. — La conquista doveva in origine assumere

il carattere di una sovrapposizione di gruppi sotto un potere militare fortemente concentrato nelle mani di uno o di pochi individui, che in origine sono capacità più eminenti per virtù propria, e in seguito assumono valore sociale sempre più spiccato a causa delle credenze che si costituiscono a loro favore. Dalla conquista esce quindi una società più complessa, che non è più semplice insieme d'individui, ma un insieme di gruppi, alla testa dei quali cominciano già a spiccare alcune individualità più eminenti, alcune persone differenziate dalla massa. A regolare questa società più complessa il costume di ciascun gruppo non è più sufficiente, appunto perchè esclusivo e un costume comune non si è ancora costituito; mentre d'altra parte il bisogno della regola è reso impellente dalle necessità di una più intima convivenza fra i gruppi. Abbiamo allora quella situazione già intuita dal Vico, quando i capi dei gruppi, i padri delle genti venuti fra di loro in permanente contatto, sentono il bisogno di affermare e di consolidare il loro potere rispettivo, ordinandolo in un dato modo.

Accade sempre così quando vari poteri di fatto si trovano di fronte; essi sono istintivamente condotti a trasformare il loro potere di fatto in potere di diritto e così l'idea di un diritto soggettivo suggerisce la norma. E alla norma allora si poteva pervenire per doppia via, o per mezzo del patto come nei rapporti esterni, o per mezzo della ricerca del diritto rispetto al caso singolo, quindi per mezzo della decisicne arbitrale.

Circa il patto, le idee che in proposito avevano già cominciato a formarsi nei rapporti esterni, trovano il modo di esplicarsi più ampiamente per la maggiore frequenza ed intimità dei contatti, mentre operano con maggiore attività le cause generatrici dell'obbligo. Se non che il patto tende ora ad assumere due forme, in quanto si trovano di fronte, non solo gruppi, ma anche individui, a misura che questi a poco a poco emergono

dal gruppo e se ne differenziano. Si capisce che i patti fra individui non potevano avere di mira che i poteri dei singoli e quindi la determinazione di regole per determinare singoli interessi; mentre i patti fra i gruppi o i loro rappresentanti, dovevano aver di mira poteri collettivi e quindi la determinazione e la regola di un comune potere politico. Da qui l' inizio di una prima distinzione fra ciò che sarà in seguito il diritto pubblico e il diritto privato.

Il primo dovette essere di gran lunga il più antico, poichè i gruppi, anche dopo che vennero in più intimo contatto, conservarono a lungo la loro integrità e la loro esistenza si trova da per tutto all'alba della storia, in seno degli aggregati più vasti. Il secondo supponeva lo sgretolamento del gruppo e la formazione completa delle singole individualità, che è solo tarda risultanza di una lenta evoluzione e della prolungata coesistenza dei gruppi sotto un comune potere. Onde si può dire che, per un lungo lasso di tempo, la vita di questi aggregati misti è retta da una specie di diritto pubblico risultante dai rapporti di coordinazione o di subordinazione fra gruppi. Il potere politico esce gradatamente da tali rapporti, i quali naturalmente hanno molto variato da una convivenza ad un'altra. Il modo più comune di formazione è stato forse quello per cui il gruppo più forte s'impose a quelli più deboli, determinando una forma di costituzione, nella quale esso si afferma quale classe privilegiata. In seguito i gruppi subordinati, a misura che acquistano una più chiara coscienza del proprio essere e del contributo che apportano all'esistenza e alla difesa del comune aggregato, cominciano ad agitarsi e a farsi valere, strappando per mezzo di accordi successivi, una quantità di concessioni al gruppo dominante. Onde i diritti del gruppo dominante si estendono gradatamente ai subordinati, non propriamente quali diritti, ma quali privilegi di classi, quali partecipazioni alle prerogative di quello.

L'importanza che dovette avere il patto per la formazione e la trasformazione del potere politico, può osservarsi in maniera cospicua nella storia di Roma. Si può dire che, fino all'impero, le lotte fra i patrizî e i plebei prima, fra i ricchi e i poveri poi, abbiano sopra tutto di mira, a traverso le loro vicende e le loro varie forme, una nuova orientazione del potere politico, di guisa che la costituzione romana scaturisce da una serie di patti, che chiudono una serie di conflitti.

La storia del patto nel dominio del diritto privato è connessa, come abbiamo detto, con la dissoluzione dei gruppi e con la costituzione della personalità. A misura che l'individuo si emancipa dal gruppo, sente mano mano più vivo il bisogno di regolare i suoi proprî rapporti per mezzo della sua volontà autonoma, non solo di fronte agl'individui di altri gruppi, ma anche di fronte a quelli dell'istesso gruppo, a cui appartiene. La tutela e la volontà superiore, che avevano compresso o reso inutile il suo individuale volere, vengono meno e sorge perciò il sentimento di una propria responsabilità; onde una quantità sempre più numerosa di rapporti sorge e si regola per mezzo del consenso autonomo dei singoli. Quando ciò avveniva la legge del patto si era già affermata nella convivenza per mezzo dei patti pubblici; il patto privato trova quindi le basi sulle quali potrà adergersi, la cornice, a dir così, entro la quale dovrà collocarsi; di modo che esso non fa se non applicare e svolgere gli elementi giuridici già costituitisi rispetto ad altra categoria di rapporti.

Il suo dominio si va gradatamente estendendo a misura che, con la formazione del potere, si inaridisce e si riduce l'azione del patto pubblico; ma a poco a poco e in conseguenza della medesima causa, la sua forza si riduce e si circoscrive nel campo del diritto subbiettivo; esso diventa uno dei più importanti fattori delle situazioni subbiettive e dei rapporti giuridici fra i singoli.

La sua influenza invece di fronte al diritto obbiettivo diventa sempre più limitata e indiretta, poichè, con la definitiva costituzione del potere, le altre fonti del diritto obbiettivo cominciano a funzionare e prendono mano mano un decisivo sopravvento.

§ 301. — Veniamo all'altra sorgente, la più feconda produttrice del diritto per un lungo periodo storico, che peraltro non si è mai inaridita, nè potrà inaridirsi mai.

Alle menti poco evolute il diritto non può presentarsi quale norma generica, esso si presenta a preferenza quale diritto del caso singolo ed apparisce quando due poteri di fatto si trovano in conflitto e si cerca la regola per dirimerlo o per comporlo. Quando infatti due coscienze poco evolute entrano in contestazione per il possesso di una data cosa o per l'affermazione di una data pretesa, esse non si fondano su di una norma generica, ma invocano i fatti prossimi, onde il diritto di ciascuno ha preso origine. Se non che i fatti prossimi, in tanto possono fondare pretese, in quanto presuppongono una regola. La regola è già nelle coscienze quando la contestazione si annunzia; la contestazione serve a metterla maggiormente in rilievo o, per meglio dire, serve a mettere maggiormente in rilievo l'esigenza di una regola comune atta a dirimere quel dato conflitto. Coloro che attribuiscono alla lotta, alla violazione, una grande influenza sulla formazione del diritto, vedono, come già dicemmo, un lato solo della verità; poichè il conflitto e la violazione possono condurre al diritto quando sono in qualche modo un effetto del diritto, cioè di un criterio giuridico, di un principio di giustizia, anche vagamente percepito, quantunque non ancora pervenuto ad uno stadio obbiettivo.

Il conflitto invece agisce quale una specie di stimolante, che induce alla ricerca della regola e ne acuisce il bisogno. Col bisogno si genera gradatamente il convincimento che la regola esiste in qualche parte, indi-

pendentemente dai voleri individuali e ad essi superiore: occorre solo ricercarla per poterla rinvenire rispetto al caso che si presenta. Questo convincimento noi lo troviamo più o meno in tutti gli uomini, esso è conseguenza del sentimento di giustizia e dell'abitudine alla vita sociale e quindi dall'assuefazione della nostra psiche all'esistenza di una regola obbiettiva, provengono da un comando esterno. La nostra psiche si è infatti sviluppata, non solo nelle intenzioni umane, ma anche in conseguenza di esse e perciò non può non portare l'impronta di questa vita sociale e la tendenza a vedere una specie di ordine prestabilito, secondo il quale devono regolarsi i rapporti sociali. Nei gruppi primitivi tale tendenza si era sviluppata ed educata in seno e per opera del costume, sicchè, anche quando individui già soggetti a costumi diversi vennero a trovarsi in contatto, si sentì il bisogno di cercar la regola in occasione di ogni singolo caso e si ebbe il convincimento che essa dovesse esistere. Ma, come scoprirla?

§ 302. — Il mezzo che si presentava più naturale era quello di rivolgersi a qualche persona autorevole, a qualche capacità più spiccata. Il principio regolatore deve rendersi indipendente dalle aspirazioni subbiettive delle parti per poter regolare obbiettivamente e ciò non può avvenire se non quando il principio viene scoperto da una volontà estranea. L'arbitro così entra in azione, non per creare la regola, ma per scoprirla; e la sua decisione assume tanto maggiore valore, quanto più si ritiene che essa esprima qualche cosa già esistente e non il suo individuale arbitrio.

Certo l'autorità dell'arbitro influirà sulla forza di tale credenza e quindi sull'autorità della regola, che egli implicitamente pone; mentre, d'altro lato, l'autorità che acquista la regola (sia per la sua intrinseca natura, sia per l'adesione che trova da parte degli interessati) influirà sulla stessa autorità dell'arbitro.

Si formano così, a poco a poco, in occasione di contestazione o di conflitti, una quantità di decisioni, che sono come le regole dei singoli casi. L'espressione *regola* non ci deve trarre in inganno, poichè essa può risvegliare idee generali ed astratte, che non entrano ancora in quelle coscienze poco sviluppate. Essa è per quelle menti il criterio regolatore del caso singolo, la regola ancor tutta assorbita nel fatto concreto, o per così dire, è il *fatto singolo regolato* in quella data maniera. Se non che questi fatti singoli regolati a poco a poco si accumulano e, accumulandosi, tendono a ripetersi, a regolarsi e a venir regolati sempre nel modo medesimo. Cominciano allora ad operare tutte quelle cause che, direttamente o indirettamente, influiscono a determinare il carattere generico della norma. Ogni decisione infatti costituisce un precedente, una qualche cosa di fisso, di definito, che tende per ciò stesso ad irradiare la sua azione sui casi consimili, in forza della nota legge della inerzia psichica. Una volta trovato un modo per dirimere una controversia, si tende ad insistervi, per la difficoltà di trovarne uno diverso, difficoltà molto grande per coscienze poco plastiche, povere di potenza associativa e costruttiva; anche perchè quel modo si è oramai obbiettivato e gode tutta l'autorità che proviene dagli effetti prodotti sull'animo dei contendenti e dall'ordine, che ha introdotto nei loro rapporti reciproci. Questa tendenza della decisione ad estendersi ai casi consimili genera o stimola la ripetizione o l'imitazione del precedente ed è grandemente agevolata dalla semplicità dei rapporti in questi ambienti ancora tanto poco evoluti. Ma a misura che i precedenti consimili si ripetevano, la loro autorità s'ingrandiva, non solo per effetto della stessa ripetizione, ma anche perchè si perdeva la memoria del primo giudicato, onde potevano apparire quale manifestazione di una volontà misteriosa, e che perciò bisognava rispettare perchè era stata sempre rispettata.

A questo stadio il principio contenuto nel precedente comincia a staccarsi dal caso singolo e da tutta la serie dei giudicati che si trasmettono oralmente di generazione in generazione. La stessa maniera con cui possono trasmettersi in epoche nelle quali manca la scrittura, agevola questo distacco, perchè rende necessario condensare in un proverbio, in un adagio, tutta la serie dei giudicati consimili. E allora il rispetto che si portava ai precedenti a poco a poco si rivolge alla formula che li racchiude, la quale così acquista autorità indiscutibile.

Per tal modo, dalla regola dei singoli casi viene gradatamente fuori la regola comune a un gruppo di casi. Essa è certo ancor troppo vicina ai fatti dai quali risente l'influenza e subisce le oscillazioni; ma non pertanto può cominciare a vivere di vita propria, la vita formale del diritto. Abbiamo così le prime forme di consuetudine giuridica.

In questo processo formativo della regola generale, la cernita dei lati comuni delle decisioni si compiva per mezzo dello stesso funzionamento della memoria. Questa infatti conservava e condensava i lati comuni dei precedenti e lasciava cadere in oblio i lati peculiari e divergenti, troppo connessi con la specificità del caso singolo. La memoria infatti esercita una funzione seletrice e sintetica, al pari dell'intelligenza; solo che essa ha bisogno dell'opera del tempo e agisce in modo passivo e senza intenzione predeterminata.

Per mezzo di questo lungo processo, certo più lungo di quanto possa essere immaginato o descritto, la regola giuridica sorge a poco a poco dai precedenti e si costituisce col concorso di capacità, che non creano di sana pianta, e non ripetono neppure automaticamente, ma in pari tempo creano e ripetono, apportando ognuna un qualche contributo alla formazione dei nuovi prodotti.

§ 305. — Se ora esaminiamo un po' a fondo questo processo, troviamo che esso, nella prima parte, rasso-

miglia a quello per cui poi si formerà la legge; quantunque poi sotto altri aspetti le differenze siano notevoli.

Nella grima parte rassomiglia al patto. Perchè questo processo possa iniziarsi occorre che le parti si mettano d'accordo nella scelta dell'arbitro e s'impegnino, almeno implicitamente, ad accettarne la decisione. Occorre adunque l'accordo per assoggettarsi alla decisione di un terzo. Ma differisce poi dal patto per tutto il resto. Qui infatti le parti non riescono a mettersi d'accordo per una soluzione, perchè ognuna ritiene giusta la propria pretesa e non è disposta ad abbandonare il punto di vista subbiettivo. Costituisce appunto questa la più grande difficoltà del procedimento ed è appunto per vincerla che si concentrano le forze sociali, promosse dalle necessità della coesistenza, dal bisogno di por termine alla lotta, facendo escogitare una quantità di mezzi per indurre le parti ad adire l'arbitro.

Le vecchie procedure sono appunto piene degli espedienti escogitati per raggiungere tale scopo, poichè la pace sociale ne dipendeva. E si capisce allora che la forza dell'opinione, le credenze religiose, l'azione dei capaci dovevano dispiegarsi in questo senso. Del resto in tale stadio di vita sociale queste cause potevano raggiungere un massimo d'efficienza, la conseguenza della maggiore permeabilità (diciamo così) degli animi alle credenze comuni. Bastava, ad es., che la ripulsa di adire l'arbitro si connettesse con l'idea di incorrere in qualche *tabù*, in qualche maledizione di carattere magico, o pure nel disgusto della divinità, perchè l'obbligo di seguire l'attore si presentasse alla coscienza come imprescindibile e sacrosanto.

Nella seconda parte il processo ricorda invece l'opera del legislatore. Quantunque l'arbitro non crei di sana pianta, deve pur regolare un caso non regolato, deve dar forma ad idee ed a sentimenti che ondeggiano ancor vaghi nelle coscienze, sostituendo la norma obbiet-

tiva alle subbiettive pretese. Ma, in pari tempo, qualunque sia il contributo personale dell'arbitro, la regola non apparisce come posta dalla sua mente; anzi essa gode tanta maggiore autorità, quanto meno apparisce quale una creazione individuale e quanto più apparisce quale una regola già esistente per comando divino o da epoca immemorabile. S'inizia così quel modo di pensare che doveva poi esercitare tanta influenza sulla vita del diritto e per cui si ritiene che lo stesso legislatore non crea, ma dichiara soltanto il diritto già esistente.

§ 304. — Con la consuetudine di adire l'arbitro e conseguentemente, col moltiplicarsi delle decisioni e dei precedenti, degli adagi e delle formule, un numero grande e complesso di regole si andava formando, onde il bisogno di capacità e di organi specifici per raccoglierle e conservarle; bisogno tanto più impellente in un'epoca, in cui la tradizione orale costituiva il solo mezzo di conservazione. La formazione di tali organi era facilitata dal concentramento del potere in una classe o in un numero limitato di persone. Era naturale che le funzioni di arbitro dovessero a preferenza venir deferite ai componenti delle classi dominanti. Anzi, in processo di tempo, ciò che poteva essere in origine un fatto spontaneo, doveva a poco a poco trasformarsi in un fatto obbligatorio, a misura che cresceva l'autorità di quelle persone o di quelle classi e l'arbitro si trasformava in un organo del potere politico.

Ma, a misura che la funzione di conservare i precedenti e di giudicare in conformità di essi va concentrandosi nelle classi dominanti, sacerdotali o aristocratiche, le quali diventano, alla loro volta, i primi organi del potere politico; ulteriori trasformazioni si producono nel dominio del diritto. Queste classi cominciano ad avere una coscienza sempre più chiara dell'importanza che può avere per essa questa funzione di conservare il diritto, perciò diventano di questo monopo-

lizzatrici e custodi gelose e tendono a circondare col mistero il loro compito, a vestire con formule sacrosante i precedenti e le regole, che ne scaturivano, a congiungere col volere divino o con credenze magiche le consuetudini che ne erano derivate,

§ 305. — Una volta divenuti organi conservatori, quelle classi o quelle persone, non tardano a trasformarsi in organi elaboratori del diritto. A ciò erano condotte inevitabilmente, sia dal bisogno di accrescere il proprio potere, sia dalla stessa necessità di dominare quell'insieme farragginoso di regole e di renderlo più maneggevole, sia infine dalla necessità di far fronte alle esigenze nuove.

I materiali lentamente raccolti ed accumulati dalla tradizione orale, diventavano sempre più numerosi e richiedevano un lavorio sempre più grande di elaborazione, di fusione, di eliminazione; onde quegli organi erano indotti ad una cernita fra ciò che si adattava e ciò che più non si adattava alle esigenze e anche ai loro scopi di dominio. Anche qui poi operavano le leggi della memoria, la quale non riproduce mai esattamente, ma sempre, più o meno, modifica, sposta, costruisce, tanto più poi quando interessi o sentimenti inducono a ricordare in un modo o in un altro. Ogni coscienza tende ad imprimere le proprie caratteristiche e le proprie esigenze in ciò che ricorda e si capisce come dovevano essere a ciò indotti coloro che intuivano nel diritto un prezioso istrumento di dominio.

A misura quindi che il potere si accentrava in quelle classi, essi, da semplici organi conservatori, si trasformavano in organi creatori del diritto. Allora una nuova specificazione può prodursi, per cui si differenziano gli organi rivelatori, dagli organi tutori del diritto, di comunicare la formula, il principio, secondo cui il caso singolo deve essere giudicato; gli altri hanno invece il compito di giudicare secondo il diritto rivelato.

Questa distinzione apparisce quasi in tutti i popoli dei quali possiamo avere una storia abbastanza continua o ricordi alquanto concreti. Si sa che a Roma il compito di conservare e di rivelare il diritto spettava in origine al corpo dei pontefici, quando il *jus* era ancora confuso col *fas* e che in seguito tale compito venne assunto dal pretore; mentre ai *judices* era serbato il solo compito di giudicare conformemente al diritto dichiarato o alle formule ad essi trasmesse. Presso gli scandinavi e presso i germani, rimasti fuori dell'influenza romana, questa distinzione apparisce chiaramente. Quasi per tutto, nei vari rami nei quali quei popoli si dividono, troviamo tracce di personaggi incaricati di conservare le consuetudini e di rivelarle, distinti dai giudici che debbono applicarle nelle singole controversie. Il *dicitore* del diritto occupava in Irlanda un posto importante già verso la prima metà del secolo X; egli aveva il compito di rivelare il diritto in seno delle assemblee giudiziarie, tracciando così ai giudici le vie da seguire per risolvere le controversie. Questo stesso organo s'incontra, con poche varianti, nel diritto svedese, nel norvegese, in quello dei Frisoni, presso i Franchi, ecc.

CAPITOLO VIII

Formazione degli organi legiferanti e della legge.

Sommario. — 306. Formazione delle leggi. — 307. Trasformazione del potere militare. — 308. Naturale svolgimento delle altre fonti. — 309. Riassunto.

§ 306. — Si apparecchiano così lentamente le condizioni che in seguito renderanno possibile la formazione degli organi legiferanti. Ma per un lungo vol-

gere di tempo il diritto viene formato dalle consuetudini, dai patti e da ciò che possiamo chiamare in senso largo giurisprudenza. Una vera funzione legislativa peraltro non può sorgere che assai tardi, quando l'ordinamento formale si è completamente costituito. La legge suppone infatti che gli elementi costitutivi del potere si siano fra loro fusi e accentrati, in guisa da formare un tutto omogeneo e coerente, capace di generare un'unica manifestazione di volere; suppone nelle coscienze un grado di sviluppo che le renda atte ad astrarre ed a generalizzare rispetto ad estese categorie di rapporti; suppone finalmente che si siano trasformate le credenze, che attribuivano al diritto un'origine divina o misteriosa ed altre se ne siano costituite, che riconoscono la legittimità dei comandi generici provenienti direttamente dagli organi imperanti.

Queste condizioni non potevano prodursi se non col concorso di diverse cause, che non per tutto poterono operare; onde non per tutto la legge potè assorgere a fonte autonoma.

§ 307. — Tra queste cause, una delle più importanti consiste nella lenta trasformazione del potere militare, che a poco a poco si muta in potere politico e civile.

Come ho già detto, il potere politico sorge con compito strettamente militare; il capo e il numero limitato di capacità, che lo circondano, devono la loro supremazia alle necessità della difesa e al bisogno dell'offesa. La loro funzione è quindi essenzialmente guerriera e la loro autorità cresce a misura che tale funzione si dispiega. In forza di questa funzione essi assumono, in tempi di lotta, poteri incontestati sulla vita e sulle forme tutte di attività dei componenti dell'aggregato, poichè tali poteri sono o appariscono necessari per mantenere la coesione e la disciplina e per assicurare quindi la vittoria.

I comandi da principio si riferiscono alla guerra ed

hanno un contenuto militare; ma a misura che il potere si consolida ed acquista carattere civile, i suoi comandi cominciano ad aver di mira anche i rapporti pacifici di tutti i giorni e ad assumere carattere civile. È difficile che l'abitudine acquistata, da una parte, di dare ordini assoluti e dall'altra, di obbedire incondizionatamente, spariscano in modo improvviso col ritornare della pace, massime quando frequenti sono le occasioni, che inducono gli uni ad esercitarsi nel comando e gli altri ad esercitarsi all'obbedienza. E quando tutto l'aggregato si organizzerà sulla base militare e il potere per conseguenza si militarizzerà, consolidandosi in un governo permanente, i suoi comandi assumeranno carattere permanente e saranno obbediti in tutte le occasioni.

Tali comandi peraltro non sono ancora vere norme giuridiche, sono comandi occasionali, specie di atti amministrativi e piuttosto che creatori di diritto, sono come i mezzi con i quali il potere governa in armonia col diritto, che ancora si sviluppa per opera delle altre fonti. Ma, prima o poi, una certa connessione o confusione doveva prodursi fra il diritto elaborato da queste fonti e il comando del potere. Avocando man mano a sè il compito di dirimere le controversie, o divenendo l'esecutore delle decisioni degli arbitri, implicitamente o esplicitamente autorizzati da esso, il potere cominciava a concorrere alla formazione delle consuetidini e della giurisprudenza; conferendo efficacia ai patti, o fornendo le formule, secondo le quali avrebbero dovuto essere stipulati, esso veniva poco a poco a padroneggiare anche quest'altra fonte.

Tutto ciò si produce, senza dubbio, in maniera assai lenta e a traverso a vicissitudini, di cui non importa coglierе tutte le peculiarità. Certo che, prima o poi, doveva arrivare un momento in cui queste fonti avrebbero perduto ogni autorità autonoma per assumere l'au-

torità proveniente dal potere ed apparirne quale una emanazione. Con ciò si ha un avviamento al potere legislativo come noi l'intendiamo ora. Per lungo volger di tempo il legislatore, più che creatore di nuove norme, è un elaboratore di consuetudini e comanda a traverso di queste. Il comando giuridico diretto è assai lento a formarsi, quasi sembrasse un passo troppo ardito quello di ammettere esplicitamente l'esistenza di un potere capace di creare il diritto. L'opera dei vecchi legislatori è sempre circondata da leggende, quantunque fosse tutt'altro che veramente innovatrice, e perfino all'epoca dell'impero romano, allorchè una funzione legislativa si è nettamente affermata, la legge apparisce pur sempre più quale una rielaborazione del diritto esistente, anzi che come un vero comando creatore ed innovatore nel dominio del comando.

Occorreva uno sviluppo ben più avanzato d'idee e di concezioni politico-giuridiche e uno stadio ben più evoluto nella vita del potere perchè si giungesse al concetto della legge quale una diretta emanazione di esso. Questa funzione, che per sua natura è la funzione più caratteristica dello Stato moderno, non poteva affermarsi con tutti i suoi caratteri se non quando lo Stato potè costituirsi definitivamente, e affermarsi, alla sua volta, in modo reciso di fronte alla società in tutta la sua onnipotenza di potere sovrano. Perciò la legge, nel modo come ora ci si presenta nella sua veste completa e perfetta, è formazione recente. Il suo sviluppo non è stato continuo, ma si è svolto a sbalzi o a riprese, dopo periodi più o meno lunghi di regresso. Così, dopo lo splendido periodo di elaborazione compiutasi per opera dei giuristi romani, il diritto per tutto il periodo medievale e per buon tratto della storia moderna, ritorna ad essere in gran parte opera delle consuetudini, della giurisprudenza, della tradizione; la legge propriamente detta vi ha una parte secondaria. Furono sopratutto le

moderne teorie intorno alla sovranità e le forme rappresentative di governo, con i concetti connessi della sovranità parlamentare, che apportarono la definitiva trasformazione per cui la legge si potè formalmente differenziare dall'ordinanza e non solo distaccarsi, quale fonte autonoma, dalle altre fonti, ma prendere su di esse una decisiva supremazia.

§ 308. — È peraltro indubitato che a questo risultato conducevano anche le altre fonti col loro spontaneo sviluppo e con la loro tendenza irresistibile a congiungersi col potere.

Così, la consuetudine doveva gradatamente condurre alla legge e al potere, sia per il contenuto nuovo, sia per la forma che andava assumendo. Per il contenuto, in quanto, a misura che diventavano più estese e profonde le elaborazioni cui andava soggetta, si sentiva più vivo il bisogno di collegarle ad organi autorizzati. E donde poteva venire l'autorizzazione, effettiva o immaginaria che fosse, se non dal potere politico, verso il quale oramai gravitavano tutte le forze sociali? Quanto alla forma poi, lo sviluppo della consuetudine rappresenta un avviamento tacito, lento, ma irresistibile alla legge. Il convincimento giuridico, da cui deriva la sua forza obbligatoria, appunto perchè credenza, non poteva non subire le trasformazioni che nelle credenze giuridiche si producevano a misura che il potere politico si costituiva. Mano a mano che questo diventava il centro di riferimento di tali credenze, anche il convincimento giuridico, che dava forza alla consuetudine, doveva apparire come la persuasione che quel modo di agire fosse in armonia con la volontà del potere, o almeno, un effetto indiretto dei suoi comandi. E così, mentre un supposto comando del potere infondeva autorità alla consuetudine, l'autorità stessa della consuetudine, alla sua volta, contribuiva ad accrescere quella del potere. Certo, l'autorizzazione implicita o supposta

non è ancora la legge vera e propria, ma costituisce già il presupposto del dominio incontestato della legge ed apparecchia il terreno a tale dominio.

Ma anche lo svolgimento naturale dell'altra fonte doveva condurre ad un risultato consimile. Come ho già notato, il patto, per sua natura, suppone già una norma, la norma del patto e quindi un potere che lo renda obbligatorio. Se non che il potere può sorgere coevo col patto e staccarsi mano mano da esso quale una formazione distinta, a misura che una delle parti contraenti acquista la preponderanza o pure, a misura che dal patto stesso scaturiscono organi autonomi. Ma, col formarsi di un potere, il patto perde gradatamente il carattere di fonte autonoma e si trasforma in una fonte concorrente o in una semplice formalità, o anche in uno stadio del processo formativo della legge. Così, a Roma il patto pubblico si trasforma in legge, quando al popolo, raccolto nei comizî, non rimaneva altro diritto che quello di rispondere affermativamente o negativamente alle proposta dei magistrati. E nel medioevo la legge scaturisce dall'accordo dei ceti mano mano che essi si ordinano in formazioni stabili nei Comuni; o nelle monarchie, a misura che il monarca assume potere dispotico.

La trasformazione si verifica tutte le volte che i gruppi, a causa di un lento processo di fusione, perdono a poco a poco il carattere di organismi autonomi e si compongono in un solo organismo. Da elementi politici distinti essi diventano semplici parti di un medesimo Stato. Questo processo di fusione non si è prodotto da per tutto nel modo medesimo, ma si è certo prodotto in tutti i paesi che sono pervenuti al concetto dello Stato unitario. E allora, in molti casi, al concorso dei gruppi per la formazione di una comune volontà e di una comune norma per mezzo del patto, si è costituito il concorso dei rappresentanti del popolo per la formazione della legge.

§ 309. — Abbiamo così la graduale formazione del diritto e del potere politico. Possiamo ora ricapitolare sinteticamente le principali tappe del lungo e lento processo.

In uno stadio assolutamente primitivo, abbiamo il piccolo gruppo nella sua unità meccanica, retto dal costume rigido e invadente: ma non abbiamo ancora il diritto, poichè manca la personalità e manca la vera norma giuridica. Un primo indizio del diritto può aversi nei rudimentali rapporti fra i gruppi, che si trovano gli uni di fronte agli altri quali personalità distinte e sono costretti dalle necessità della vita ad entrare in relazione. Il diritto comincia quindi ad apparire nel patto e nella consuetudine del patto. Si delineano anche le prime forme di sanzione giuridica, allorchè la reazione subbiettiva si va a poco a poco obbiettivando e dà origine, prima alla vendetta, poi alle forme obbiettive del taglione e della compensazione a base economica,

Le condizioni propizie per la formazione del diritto si verificano allorchè, con lo scomporsi del gruppo primitivo, per un verso possono affermarsi le individualità, e per un altro il potere politico può cominciare a costituirsi. Ciò avviene a misura che i gruppi entrano in contatti più frequenti e più intimi ed elementi eterogenei s'infiltrano nel seno di ciascuno. Ma, essendo quei gruppi impenetrabili, tali infiltramenti non potevano prodursi se non per mezzo dell'urto violento o della violenta incorporazione.

Sorge così, per opera della guerra e della conquista, il gruppo composto e si delineano le prime classi sociali e i primi antagonismi fra di esse. Le divergenze fra le parti crescono a misura che la proprietà si costituisce e si concentra nelle mani di pochi e dei gruppi più forti. Abbiamo allora le prime individualità che sentono di possedere un proprio potere e vogliono af-

fermarlo le une di fronte alle altre; onde la prima idea di un diritto subbiettivo, che conduce naturalmente al diritto obbiettivo e al potere politico. Il diritto obbiettivo infatti sorge gradatamente dalle conciliazioni e dagli accordi, a cui i gruppi interni e i loro singoli componenti sono condotti per la tutela dei proprî interessi, e dalla ricerca della regola del caso singolo, affidata all'arbitro. Dai patti scaturisce a poco a poco l'ordinamento statuale e la legge; dalle decisioni degli arbitri, la consuetudine.

Ma la legge, nella sua forma completa, è un fatto quasi recente e ben posteriore all'ordinamento statuale, perchè suppone un ordinamento progredito e sviluppato. Le altri fonti peraltro conducono ad essa insensibilmente. La consuetudine vi mette capo per le successive trasformazioni cui soggiace il convincimento, che ne determina l'obbligatorietà, per la necessità di una elaborazione, che s'impone ad un certo stadio del suo sviluppo, per l'autorità che acquistano coloro, che la compiono. Il patto vi conduce in forza delle norme, che crea o presuppone e per l'ordinamento politico, che esso promuove e determina. Onde la legge comincia con essere un accordo fra elementi sociali e finisce per diventare un accordo fra gli elementi politici organizzati e specificati in potere legiferante. Con la legge si ha la definitiva e più cosciente costituzione del diritto, il definitivo passaggio dalla formazione diffusa della norma per opera della convivenza, alla sua formazione accentuata per opera degli organi specifici del potere, quindi il completo distacco del diritto dal suo elemento materiale e da tutte le altre categorie di norme con le quali poteva essere confuso.

CAPITOLO IX

Specificazione del diritto dal punto di vista del contenuto.

SOMMARIO. — 310. Carattere religioso delle prime norme. — 311. Differenziamento dalla religione. — 312. Carattere della distinzione. — 313. Confusione con la morale. — 314. Separazione. — 315. Differenziamento dal costume.

§ 310. — Il processo che abbiamo finora esaminato si riferisce alla genesi formale del diritto; ma una specificazione correlativa si operava anche nel dominio del contenuto.

Si capisce che, fino a un certo punto, i due processi dovevano svolgersi di conserva, poichè, a misura che si affermavano i caratteri formali del diritto, gli elementi del contenuto che più ripugnavano alla sua natura, dovevano venire gradatamente eliminati, mentre altri ad essa conformi, dovevano venirvi assorbiti. Ma questo secondo processo si produce in maniera assai più lenta, sia perchè una quantità d'influenze operano a mantenere nel dominio del diritto elementi estranei; sia perchè il contenuto del diritto non ha, come sappiamo, un carattere specifico assai reciso.

Non possiamo parlare di un contenuto specifico del diritto rispetto al costume primitivo, poichè il diritto non si è ancora specificato quanto alla forma. Certo anche allora il comando collettivo si riferisce alle esigenze della vita in comune, ma essa le abbraccia tutte senza distinzione e le vede a traverso una veste religiosa, sovrumana. Esso cioè apparisce quale comando divino e regola tutti i rapporti, in quanto connessi con un potere estra-umano. Questa è del resto la conce-

zione più conforme a quello stato di subbiettivismo, che non permette ancora di distinguere nettamente ciò che è fatto esterno, da ciò che è fatto interiore e per cui i fatti esterni simili si considerano come dominati da intenzione identica. In tale stadio l'obbiettivazione della regola non può prodursi che per opera degli stessi processi psichici, che fondono le coscienze singole in una coscienza comune. Questa è appunto la caratteristica del sentimento religioso. È tendenza propria dello spirito umano quella di obbiettivare i suoi prodotti e di collegarli ad un estraneo volere, ma essa si estrinseca per mezzo delle credenze che in ciascuna epoca hanno maggior presa. In quell'epoca non potevano essere che le credenze religiose, e perciò la regola s'impregna di un contenuto religioso.

E anche quando la norma giuridica incomincia a specificarsi nelle sue fonti e a delinearsi quale norma di garanzia e di tutela, questo carattere religioso si conserva. Il diritto per lungo tempo rimane compenetrato con la religione, perchè il potere si concentra sotto l'influsso di credenze religiose, apparisce quale potere divino o rappresentante della divinità e religiose rimangono le sanzioni. Le prime raccolte di consuetudini, i primi codici, comprendono precetti rituali, sacrali, liturgici, la loro custodia ed interpretazione viene a preferenza assunta da classi sacerdotali.

§ 311. — Una prima specificazione del contenuto del diritto dalla religione non può compiersi se non quando si scompone la solidarietà meccanica basata esclusivamente sulla comunanza delle credenze e comincia a concepirsi la possibilità di una solidarietà basata sull'armonia degli atti, avente un valore autonomo, indipendente dalle intenzioni. Il processo di differenziamento non si compie da per tutto, vi sono società che a tal riguardo rimangono sempre in uno stadio assai prossimo a quello primitivo, per cui la religione

è sempre il vincolo prevalente di coesione fra le coscienze e il diritto resta quindi impregnato di elementi religiosi. Tali sono in genere le società orientali.

Una vera distinzione comincia a prodursi nelle razze ariane, e da principio, nel gruppo greco-italico. Essa apparisce in Grecia dopo le prime epoche di sviluppo della civiltà ellenica. Vediamo infatti che ivi, a un certo punto, la religione e il diritto cominciano ad occupare sfere distinte, le autorità civili si scindono dalle autorità sacerdotali, la violazione del diritto apparisce diversa dal peccato. E questo processo di differenziamento si va sempre più accentuando a misura che la civiltà progredisce, e consegue il suo massimo sviluppo, quando quella civiltà raggiunge l'apice della sua grandezza. Ma un distacco reciso fra religione e diritto non si produce mai in Grecia. Anche quando i concetti di un ordine divino e di un ordine umano si sono completamente distinti, il diritto continua a conservare elementi religiosi; così, cerimonie liturgiche, precetti religiosi rimangono coattivamente obbligatorî, molte magistrature hanno in pari tempo carattere civile e religioso e lo Stato si mostra circa la religione, più o meno intollerante.

In Roma si fa un passo più avanti, ma in un periodo inoltrato della sua storia, poichè per lungo volger di tempo anche colà il *fas* e il *jus* costituiscono una sola cosa e sono custoditi da collegi sacerdotali. Una leggenda ci dice che un uomo del popolo sottrasse ai pontefici i libri del diritto, o piuttosto, le formule delle *legis actiones*, facendole conoscere al pubblico. Ma solo dall'epoca, che viene indicata col nome delle *Dodici Tavole*, il diritto gradatamente si secolarizza, spogliandosi dalla veste religiosa ed eliminando dal suo contenuto una quantità di atti riferentisi al culto, ai sacrifizî, ecc.; mentre le autorità civili si differenziano dalle religiose e lo Stato assume, come diremmo oggi, carattere laico.

La distinzione si offusca ancora una volta col sopravvenire del cristianesimo. Certo vi sono nel cristianesimo elementi e tendenze, che dovevano condurre ad una distinzione ancor più recisa fra religione e diritto, poichè il cristianesimo sorge quale una religione eminentemente etica, che si rivolge alle intenzioni e si preoccupa esclusivamente dei rapporti fra l'uomo e la divinità. « Il mio regno non è di questa terra » aveva detto il suo fondatore. Ma quando essa assunse un sopravvento decisivo, una reazione non poteva non prodursi in senso contrario a tale distinzione. Essa diventò religione di Stato quando la comunanza di credenza religiosa ridivenne il primo elemento di coesione sociale, onde il diritto fu rivolto a determinare e a conservare tale comunanza. L'invadenza del diritto nel dominio religioso non è più sentita, ma viene anzi vivamente sollecitata allorchè « il regno di questo mondo » cominciò ad apparire quale un regno puramente transitorio, semplice prepazazione al regno sempiterno dell'altro mondo, alla *Città di Dio*. La religione penetrò quindi in tutti i meati della vita sociale, pervase la vita del diritto e vi rimane più o meno compenetrata a traverso tutto il periodo medievale.

Fu solo all'epoca del rinascimento e sopra tutto per opera dei filosofi di quel periodo e poi dei giuristi della scuola del diritto naturale che si riaffermò ancora una volta la separazione recisa fra diritto e religione. L'occasione fu principalmente fornita dalla riforma protestante e dagli antagonismi e dalle guerre, che ne seguirono. Quando si vide che in seno di un medesimo Stato non era più possibile mantenere quella uniformità di credenze e di culto, che l'unità di religione aveva prima permessa ed imposta e si cominciarono a comprendere i mali infiniti dell'intolleranza, si sentì mano mano il bisogno di eliminare dal numero delle condizioni indispensabili di coesistenza e di cooperazione so-

ciale la comunanza di credenze religiose. E sorse così a poco a poco il convincimento che la religione appartiene a quella sfera indipendente di attività, in cui lo Stato non deve penetrare. Questo è in fondo ciò che sosteneva la scuola del diritto naturale a proposito della distinzione fra religione e diritto. Il diritto proviene dalla natura delle cose, che la divinità stessa non può mutare, poichè conseguenza inevitabile dell'ordine, che essa stessa ha voluto. Onde il diritto acquistava una dignità ed un'autorità tutta propria, indipendente dalla religione, imponendo un ordinamento sociale, che, senza contrapporsi ai comandi divini, ne prescindeva (1).

Una volta posta, questa distinzione si è poi andata esplicando, completando e attuando nella pratica durante i secoli successivi, quantunque fino ad epoche recentissime siano rimaste ancora tracce della vecchia confusione.

§ 312. — Ma quando diciamo che il diritto si è completamente differenziato dalla religione, dobbiamo intenderci. Sinchè guardiamo la cosa dal punto di vista formale, la distinzione appare molto recisa. Il diritto differisce essenzialmente dalla religione poichè, come sappiamo, esso è ordinariamente esterno e coattivo di rapporti umani proveniente dal potere politico; mentre la religione proviene da una supposta volontà divina e si rivolge direttamente alle coscienze, richiedendo da esse un intimo convincimento.

I dubbi possono sorgere allorchè si considera la distinzione dal punto di vista del contenuto. Sotto questo secondo aspetto potrebbe sembrare che la religione non sia del tutto esclusa dal dominio del diritto, perchè genera vincoli sociali e dà origine a forme di attività, che possono in vario senso influire sulle condizioni di coe-

---

(1) Vedasi la mia *Filosofia del diritto internazionale*, Firenze, 1889, pag. 13 e seg.

sistenza e cooperazione sociale. Ma se ben si guarda, allora essa penetra nel contenuto del diritto, non propriamente come religione, ma come forma di attività sociale e per gli effetti esterni, che produce o può produrre. Il diritto non si occupa delle credenze, esso si limita a volere soltanto che gli atti esterni, che ne derivano, si conformino all'ordine esterno da esso determinato. Sicchè non si tratta allora di un contenuto religioso, ma di un contenuto conforme alla natura del diritto.

Non vi è dubbio che nel considerare le forme di attività rispetto alle credenze religiose onde derivano, gli organi del potere possono partire da giudizi errati o parziali, suggeriti dalle peculiari condizioni storiche dei vari paesi; ma questi fatti contingenti non hanno che vedere con la teoria della distinzione, che si è affermata nelle coscienze moderne e che ha un valore indipendente dai modi imperfetti, con i quali può venire attuata.

§ 313. — Più lenta a compiersi è stata la distinzione del diritto dalla morale, perchè più difficile a determinarsi in conseguenza del fondamento etico, che ha sempre il diritto. Ma altre cause dovevano ritardarla. Finchè la religione induceva il diritto a penetrare nel dominio delle intenzioni, non poteva delinearsi una opera autonoma della morale di fronte al diritto. La distinzione era resa ancor più difficile dalla connessione intima fra la morale e il costume, il quale come sappiamo, non ha una portata meramente esteriore ma si rivolge anche all'intimo delle coscienze. Dobbiamo poi ricordare che la morale ha carattere universale e vi subordina quindi tutta l'attività del volere, onde insinua continuamente nel diritto elementi nuovi, che non vengono o non possono essere sempre da questo completamente assimilati. Perciò la distinzione fra morale e diritto non potè compiersi che in maniera assai lenta e

da un punto di vista empirico, non filosofico. Essa doveva costituire, come venne felicemente notato dal Jhering, il capo delle tempeste, tanto per i giuristi che per i filosofi.

Storicamente comincia ad apparire in Grecia, sopra tutto per opera delle dottrine dei sofisti e a traverso le aberrazioni, cui quelle dottrine conducevano. In esse spunta il concetto di un ordine esterno, determinato dalla forza o dal costume, indipendentemente dalle intenzioni degl'individui sui quali impera. E tale concetto si afferma ancor più chiaramente nelle dottrine che si sviluppano sotto l'influenza socratica circa la distinzione fra legge di natura e legge positiva. In Grecia peraltro non si arriva mai ad una chiara distinzione fra morale e diritto. L'etica informa e domina tutta la vita greca e lo Stato vi assume una spiccata funzione morale ed educatrice.

La distinzione apparisce più marcata a Roma. Il senso giuridico finissimo dei Romani doveva presto condurre a distinguere il diritto dai *boni mores*, tanto più che il tecnicismo giuridico assumeva tale sviluppo, da mettere maggiormente in rilievo il lato esterno ed obbiettivo del diritto. Ma la distinzione rimane incompleta, ha un carattere più pratico anzi che teorico, poichè, come dimostra l'esistenza stessa dell'istituto della censura, manca ancora a quel popolo il concetto di una sfera autonoma di attività insindacabile e incoercibile da parte dello Stato. Gli accenni ad una distinzione sono suggeriti dal senso pratico o dalla considerazione di casi pratici, non si elevano a teoria. Così, i giureconsulti distinguono il *bonum aequum* dal *bonum honestum*, affermano che *non omne quod licet honestum est* (preludendo ad una distinzione fra il lecito giuridico e il lecito morale), riconoscono che *cogitationis poenam nemo patitur*; ma tali affermazioni non assorgono a veri principî fondamentali, tanto è vero che l'*honeste*

vivere è sempre posto accanto agli altri principî giuridici: *alterum non laedere*, *unicuique suum tribuere*.

La civiltà romana aveva insomma preparato la distinzione col grande sviluppo dei caratteri formali, ma non l'aveva propriamente affermata. Col sopravvenire del cristianesimo essa si rese impossibile. Il cristianesimo portava con sè una nuova concezione etica della vita e perciò con la prevalenza assoluta che esso acquistò, il diritto venne, a così dire, pervaso in tutte le sue parti dalle nuove tendenze etiche. Anzi sorge tutto un nuovo ramo del diritto, il diritto canonico, nel quale le nuove tendenze acquistano un predominio assoluto. Durante tutto il periodo medievale si cercherebbe invano una distinzione fra diritto e morale, anche perchè risorgono in quell'epoca forme di solidarietà a base meccanica, simili, sotto certi aspetti, a quelle che apparivano negli aggregati primitivi, in cui il rapporto sociale non si concepisce se non sulla base della comunanza delle credenze e quindi delle intenzioni.

§ 314. — La separazione fu iniziata da quelle medesime cause, che promossero la separazione del diritto dalla religione, inducendo a riconoscere all'individuo una sfera autonoma di attività. Riconoscere questa sfera significa lasciare a ciascuno, non solo la facoltà di credere come detta la propria coscienza, ma anche quella di regolare la propria condotta secondo un proprio criterio morale. Perciò una vera distinzione fra morale e diritto doveva uscire dalle dottrine del diritto naturale e viene infatti indicata da un giusnaturalista, il Tomasio, nel principio del secolo XVIII. Certo vi sono accenni in autori precedenti, financo in San Tommaso, ma rimangono infecondi, non trovano sviluppi ed applicazioni e non indicano una chiara coscienza del problema. Fu Tomasio che per il primo indica i criterî di una distinzione ponendo le tre massime che guidano le tre forme dell'attività pratica. La massima dell'*onesto*,

cioè della morale è: *fa a te stesso, ciò che vuoi che gli altri facciano a te;* quella di ciò che egli chiama il *decoro* e che potremmo dire del costume è: *fa agli altri ciò che vuoi che essi facciano a te*; finalmente la massima del giusto: *non fare agli altri ciò che vuoi che gli altri non facciano a te* (1). Come criterî differenziali del diritto vengono posti la coazione e l'esteriorità: *obligatio juris corrispondens semper externa est, metuens coactionem aliorum hominum* (2).

Ma anche tale distinzione doveva rimanere infeconda per lungo tratto, poichè le dottrine del diritto naturale trascinavano nel dominio del subbiettivismo e offuscavano la chiara percezione dei caratteri formali del diritto. Fu solo per opera di E. Kant che il criterio veramente distintivo venne posto in tutta la sua chiarezza, poichè Kant trasportò la morale nel dominio dell'intenzione e affermò essere la legge morale una legge interna, che va rispettata per sè stessa; mentre la norma giuridica è norma di coesistenza della libertà e può essere rispettata per motivi di carattere eteronomo. Se non che, la troppa rigida contrapposizione messa da Kant fra i due campi conteneva il germe di esagerazioni, che vennero dopo, quando si pensò alla possibilità di un conflitto fra diritto e morale e all'esistenza di un diritto amorale.

Tali esagerazioni non potevano reggere ad un'analisi obbiettiva e non valsero a modificare il lento processo di specificazione, che si proseguiva nella vita pratica del diritto. Un diritto immorale non potrebbe esistere a lungo, perchè verrebbe meno al suo compito regolatore; i conflitti fra diritto e morale sono stadî transitorî che preludono a profonde trasformazioni nella morale o nel diritto. Del resto in molti casi il conflitto

(1) *Fundamenta iuris naturae et gentium,* 1705, I, 6-40.
(2) *Id.,* I, 21.

è solo apparente e suggerito da un semplice equivoco. Le facoltà concesse dalle norme possono eventualmente dare origine ad immoralità, non per loro stesse, ma per l'uso che ne fa colui, cui vengono accordate. Ma ciò non può addebitarsi al diritto, il quale anzi non esclude che la sfera autonoma da esso delimitata, venga pervasa dalla morale e regolata quindi da principî puramente etici.

Non si può neppur dire che il diritto sia amorale, poichè esso, dal suo punto di vista e con i mezzi, che sono a sua disposizione, promuove o tende a promuovere, o almeno, a mantenere un certo grado di moralità; anzi esso apparisce tanto più progredito, quanto più s'ispira ad ideali etici di ordine elevato. Così vediamo che le più alte conquiste etiche, quali ad esempio, il valore della persona umana, la famiglia monogamica, ecc., trovano nel diritto la loro consacrazione.

Sicchè la specificità del diritto di fronte alla morale, siccome si è andata delineando, sia nelle dottrine che nella pratica, non consiste nello escludere dal suo contenùto ogni elemento etico, ma nell'abbracciare questi elementi dal suo punto di vista e in quanto sono conciliabili con la sua natura. Cioè esso li abbraccia dal punto di vista esterno, quali manifestazioni capaci di generare atti e rapporti fra individui, assoggettabili a sanzioni esterne. Onde il diritto prende sotto la sua tutela anche l'elemento morale, allorchè esso si riferisce a condizioni indispensabili alla coesistenza e alla cooperazione sociale. La specificazione del contenuto giuridico non consiste che in una successiva eliminazione dell'elemento morale in genere, ma soltanto in una eliminazione di quegli elementi morali, che esso non può regolare positivamente con i suoi mezzi limitati, e che perciò abbandona alla sfera del lecito giuridico o al dominio più intimo delle intenzioni.

§ 315. — Anche assai lenta è stata la separazione

del diritto dalle norme del costume e cioè in genere, dalle regole di educazione, convenienza, etichetta, ecc. Dal punto di vista formale la distinzione si delinea allorchè le fonti giuridiche incominciano a formarsi e a funzionare; e allorchè il potere politico si costituisce e le fonti possono collegarsi ad esso, la distinzione diventa definitiva.

Ma, dal punto di vista del contenuto la distinzione non è così agevole, poichè il costume comprende rapporti esterni simili a quelli che costituiscono il contenuto del diritto e il criterio della indispensabilità è un criterio relativo. Nelle società formaliste a solidarietà meccanica si può dire che non vi sia un dominio proprio del costume distinto da quello del diritto. La distinzione diventa possibile a misura che dalle forme a solidarietà meccanica si passa a quelle a solidarietà organica; e mentre le procedure si spogliano delle forme superflue e ingombranti, il diritto si limita a regolare quei rapporti soltanto che valgono a mantenere la pace sociale e ad assicurare quel tanto di giustizia e utilità sociale compatibile con l'autonomo sviluppo dell'individualità. E così il diritto abbandona alla sfera del lecito una quantità di atti strettamente collegati con i gusti e con i caratteri delle persone, quali, ad esempio, la foggia del vestire, il modo di salutare, ecc.

Ma non si può dire che il diritto abbia ora abbandonato ogni contenuto di questo genere. Tutto il cerimoniale diplomatico, burocratico, parlamentare, ecc., indica che una separazione completa a tal riguardo non si è prodotta, nè potrà mai prodursi, in quanto vi saranno sempre rapporti di convenienza, di socievolezza, di cortesia, che assumono importanza giuridica. È da notare inoltre che vi sono società che conservano un carattere spiccatamente formalista, le quali perciò accordano molto peso alle manifestazioni della vita sociale rivolte a rendere la convivenza più facile, più bella o

più spettacolosa; e queste tendono a far entrare nel dominio del diritto, ciò che dovrebbe essere riserbato al costume. Mentre presso altri popoli prevale un sistema semplice di vita, contrario a tutto ciò che inceppa la libertà e la rapidità dei rapporti sociali; e perciò in tali popoli, il diritto si spoglia di un contenuto di questa natura. Solo in genere può affermarsi che, col prevalere dell'industrialismo e del commercio, i rapporti sociali tendano a semplificarsi e si semplifica anche il diritto, riducendosi al suo contenuto specifico.

Peraltro i diversi rami del diritto presentano una diversa capacità a conservare o ad escludere elementi del costume. Così, le forme hanno sempre molto peso nelle procedure di qualunque genere (parlamentari, giudiziarie, ecc.); e nel diritto internazionale le forme di convenienza e di cortesia hanno tanto peso, che fino ad epoca recente, la *Comitas* era considerata quale una specie di fonte. Se non che un diritto evoluto, se abbraccia elementi del costume, lo fa con uno scopo diverso di quello che può proporsi un diritto meno evoluto; e cioè, non per assicurare una convergenza d'intenzioni, ma soltanto per rendere più agevole un'armonia di atti. Onde avviene a tal riguardo quello che si verifica rispetto al contenuto morale e religioso, che cioè il diritto li abbraccia dal suo punto di vista speciale e con i suoi proprî criterî di valutazione, quantunque rispetto ai rapporti del costume tali differenze di punti di vista e di criterî non sempre appariscano chiaramente a causa del carattere esterno di questi rapporti e quindi della maggiore facilità, con cui possono assumere una veste formale.

Bisogna poi sempre ricordare e tener presente che tutte queste distinzioni hanno carattere empirico e non filosofico e perciò hanno valore solo per gli scopi pratici che il diritto si propone di conseguire. Onde non avrebbero più ragione di essere tutte quelle discussioni

che si facevano e si fanno ancora a tal riguardo, suggerite dal preconcetto, che induce ad accordare ad esse un valore universale.

CAPITOLO X

Il diritto quale prodotto della coscienza collettiva.

SOMMARIO. — 316. Il diritto quale fenomeno psico-sociale. — 317. Teorie intorno al suo carattere psico-sociale. — 318. La coscienza collettiva. — 319. L'azione delle credenze. — 320. Contributo degl'individui. — 321. La coscienza normativa. — 322. La coscienza giuridica. — 323. Il diritto prodotto della coscienza giuridica. — 324. Eccezioni apparenti.

§ 316. — Nel tracciare a larghi tratti la genesi del diritto e il suo lento processo di specificazione, abbiamo qua e là accennato a fatti, che finora non abbiamo potuto svolgere e che ci hanno fatto presentire come la nostra ricerca non sia ancora compiuta. E veramente finora abbiamo esaminato a preferenza il meccanismo esterno della formazione del diritto, senza insistere sulle cause intime, sui moventi reconditi, dai quali questo meccanismo viene gradamente determinato. A queste cause recondite dobbiamo ora rivolgere tutta la nostra attenzione, cercando di comprenderle con un'analisi più approfondita e di coglierle in una sintesi più vasta. Da questa ricerca dovrà risultare la profonda identità dei processi psichici onde il diritto si genera e si fa valere nelle convivenze umane e quindi l'uniformità del fenomeno giuridico.

Abbiamo più di una volta notato che il diritto non è, in fondo, che un fatto sociale, anzi un aspetto spe-

cifico del fatto sociale unico, nella sua essenza. Il giurista può prendere il diritto, quale un fatto per sè stante e studiarlo nelle sue specifiche manifestazioni, ma lo scienziato che vuole coglierlo nella sua essenza e comprenderlo nella sua intrinseca natura, deve pure sempre connetterlo col fatto sociale e col fatto psichico, poichè solo in questa connessione può rinvenire le spiegazioni ultime, sia del fenomeno della genesi, sia di quello del suo funzionamento.

Ora, considerando il diritto quale una manifestazione della vita sociale, non tardiamo ad accorgerci che esso non è il prodotto dell'arbitrio di uno o di pochi, ma che, al pari degli altri prodotti della convivenza, è il prodotto delle coscienze associate, che si determina per mezzo di un lavorìo lento, continuo invisibile di azioni e reazioni psichiche, del quale spesso non si riconoscono che i soli risultati e s'ignora completamente il processo. Da questa ignoranza sorsero le dottrine errate degli antichi, come anche le esagerazioni in senso opposto delle scuole moderne. Per gli uni il diritto apparve il prodotto arbitrario delle menti di pochi; per gli altri, il diritto scaturiva, non si sa come, da una ipostatica coscienza popolare.

§ 317. — Le teorie recenti intorno all'origine psicosociale del diritto si collegano a due grandi correnti, che in varî punti s'incontrano e si confondono. Queste due correnti assunsero in Germania un grande sviluppo nella prima metà del secolo passato e furono rappresentate dalla scuola storica e dalla *Vòlkerpsychologie* (psicologia dei popoli). La prima mette capo a Puchta e a Savigny, la seconda mette capo ad Hebart e alla sua scuola.

Per la prima il diritto è un prodotto di tutti gli elementi di cultura lentamente accumulatisi nella vita di un popolo, che trovano poi la loro espressione per mezzo dello spirito popolare (*Vòlksgeist*), il quale è una specie

di entità astratta, distinta dalle singole coscienze. La scuola storica si svolge sotto l'influenza del romanticismo, fu anzi essa stessa una dottrina romantica, un prodotto perciò del sentimento, dell'aspirazione indistinta. Essa costituì una reazione contro i concetti chiari e sintetici del diritto naturale, diede perciò risalto al sentimento contro l'idea ed aveva bisogno di un *quid* misterioso, che potesse esercitare un certo fascino sulle fantasie. A tale scopo rispondevano mirabilmente i concetti vaghi di *coscienza del popolo* e di *spirito popolare,* che quella scuola non si dava la pena di analizzare.

Nè a tal riguardo fu più fortunata l'altra corrente derivata dalle dottrine psicologiche di Herbart, che aveva trasportato alla società la sua dottrina sulle rappresentazioni nella coscienza individuale. Essa non ci dà un concetto chiaro di quello che sia lo spirito popolare, del modo come si forma e funziona. Nella *Rivista per la psicologia dei popoli* (*Zeitschrift für Völkerpsycologie*), in cui principalmente si concentrarono gli sforzi dei cultori di tali studî, lo spirito popolare è qualcosa di astratto, che non può ridursi alle singole coscienze che lo rappresentano e lo estrinsecano, ma non lo creano. E neppure il Wundt nella sua opera recente (*Völkerpsychologie*) riesce a darci un concetto chiaro di quel che sia la coscienza collettiva, che egli confonde con i suoi rapporti obbiettivati e per giunta confina la psicologia sociale a certe determinate manifestazioni della psiche collettiva in certi determinati periodi del suo sviluppo. Onde il concetto di coscienza popolare viene sballottato, a così dire, fra il subbiettivismo atomistico, di coloro che non sanno elevarsi all'idea di uno spirito fondamentalmente identico nei componenti della collettività e l'obbiettivismo meccanico di quegli altri che non arrivano a comprendere essere la coscienza collettiva una continua formazione e creazione per opera delle coscienze singole.

La via per comprendere che cosa essa sia e come possa operare nella formazione del diritto, l'abbiamo già indicata in più punti, ora dobbiamo raccogliere ed approfondire le nostre ricerche.

§ 318. — La coscienza sociale è una formazione organica, o per meglio dire, un processo in costante formazione, risultante dall'azione e reazione reciproca delle coscienze associate; e non soltanto degl'individui, che attualmente esistono, ma di quelli altresì che si sono succeduti da epoche immemorabili. Essa non è una semplice somma di coscienze singole e neppure un'astrazione, che prescinda da queste. Non è una semplice somma di coscienze, perchè è una produzione cui tutte le coscienze collaborano, modificando e modificandosi. Già vediamo che anche quando due soli individui si trovano in contatto permanente essi modificano reciprocamente le proprie idee e i proprî sentimenti, di guisa che, dopo un certo periodo di convivenza, si trovano più o meno trasformati. Essi hanno formato in comune nuove maniere di pensare e di sentire, che non sono esclusivamente opera dell'uno o dell'altro, ma sono opera di entrambi. E queste comuni maniere di pensare e di sentire non sono un'astrazione, ma un fatto vivente, poichè esistono in quelle coscienze e non fuori di esse.

Questo stesso fenomeno assume certamente proporzioni ben più ampie a misura che cresce il numero degli individui in contatto e che questi inoltre sono più diversi per età, per sesso, per grado di sviluppo psichico, per cultura, ecc.; e quando inoltre, alle influenze presenti si aggiungono quelle delle generazioni passate. Questo secondo genere d'influenze acquista anzi importanza crescente mano mano che si accumulano i prodotti della cultura, e l'azione delle generazioni passate può quindi protrarsi per un tempo indefinito, sia nel campo spirituale, sia in quello materiale. Il cumulo

delle influenze del passato unito alle nuove produzioni spirituali delle generazioni presenti, costituisce per ciascun aggregato le comuni maniere di pensare e di volere, che non sono opera di ciascuno in particolare, ma esistono nella coscienza di tutti e costituiscono come la base sulla quale i singoli edificano i proprî processi psichici.

La comune coscienza non è dunque che un insieme di processi che vivono e si riproducono nella coscienza di ciascuno, ma in pari tempo apparisce e può fino ad un certo punto considerarsi come qualche cosa di obbiettivo, che s'impone alle singole coscienze, anche perchè minima è la parte che ciascuno può apportare a questo comune prodotto, esistente come incorproato nella coscienza di ciascuno. Così, quando parliamo dello *spirito di un'epoca*, dell'*opinione prevalente*, di una *credenza dominante,* noi perdiamo di vista i singoli individui, non perchè questi fatti spirituali possono esistere indipendentemente dalla coscienza di questi, ma perchè esistono nella coscienza di ciascuno e vengono da ciascuno riflessi come se avessero una vita indipendente.

§ 319. — Questi prodotti spirituali, intanto si diffondono, s'impongono e, diciamo così, si incorporano nei processi psichici di ciascuno, in quanto sono creduti, e cioè vengono accettati senza discussione o con una discussione che vale a confermarli, anzi che a metterli in dubbio. E questo avviene appunto perchè i più credono e cioè accettano ciecamente, senza peraltro tralasciar di concorrere alla comune formazione, modificando in piccole o grandi proporzioni, ricreando in varia guisa, le credenze che ricevono. Certo il modo come si diffondono ed operano le credenze è vario nelle diverse epoche e nei diversi tipi di convivenza. Nel tipo a solidarietà meccanica le credenze si diffondono, perchè già gli uomini sono disposti a pensare nel modo

medesimo; nel tipo a solidarietà organica invece si diffondono perchè la divisione del lavoro impedisce di verificare e di comprendere in base a dimostrazione e perchè la mutua dipendenza rende tali credenze tanto più necessarie, quanto più progredisce la specificazione delle parti.

Ma, a misura che i modi comuni di pensare e di sentire si diffondono, la credenza s'intensifica e acquista autorità, radicando la convinzione che quei prodotti spirituali siano come qualche cosa per sè stante, come un non so che di sacrosanto e indiscutibile. Così avviene che essi acquistano sulle coscienze un'influenza e un fascino incontestabile. Quando, ad esempio, si osserva che una voce, un'opinione proviene da molti, da un numero indeterminato di persone, si comincia per ciò solo a ritenere che essa sia la voce della verità, che sia qualche cosa d'indipendente dall'individuale pensiero di questa o di quell'altra persona. Da qui l'autorità dei *si dice,* della *vox populi,* che permettono di accettare quali dommî indiscutibili tante inverosomiglianze, tante assurdità e tante superstizioni.

Ogni diffusione porta quindi con sè la tendenza all'obbiettivazione, la quale mano mano si accentua a misura che l'obbiettivazione cresce; mentre, alla sua volta, contribuisce ad intensificare l' obbiettivazione, perchè intensifica la credenza. Noi ci sentiamo rinforzati nel nostro convincimento allorchè possiamo dire che anche Tizio, Mevio, ecc., pensano a quel modo. La connessione fra i due fatti si rivela dalla stessa tendenza che c'induce ad attribuire agli altri i nostri proprî pensamenti. Noi spesso invochiamo anche a torto l'autorità altrui o della pubblica opinione pur di veder confermata la nostra credenza. Ci sembra che il nostro pensiero sia più conforme alla verità allorchè è diviso da altri. E questo ci permette di comprender meglio parecchi di quei fenomeni di obbiettivazione del volere,

che abbiamo avuto occasione di studiare innanzi; come anche ci fa comprendere perchè certe affermazioni che acquistano tanta voga, appariscono per ciò solo rivelazione di cose vere, chiare ed obbiettivamente esistenti. Coloro stessi che fanno della coscienza collettiva una ipostasi obbediscono a questa stessa tendenza, che conferisce ai prodotti spirituali un valore ideale considerevole.

§ 320. — Ma quando abbiamo detto che la coscienza collettiva è l'insieme dei prodotti spirituali elaborati dalle coscienze singole, che si diffondono e si obbiettivano sotto forma di credenze, non abbiamo ancor detto tutto, poichè resta ancora a conoscere in che modo vi collaborano i singoli. La dottrina delle capacità, alla quale abbiamo accennato più di una volta, già ci fa prevedere che non può essere eguale, nè il contributo di ciascuno, nè il modo come ciascuno riflette questa comune formazione. Vi sono infatti alcuni, molto numerosi, che a preferenza ricevono ed altri, in assai piccolo numero, che a preferenza producono o rielaborano in vario modo i prodotti spirituali, che ricevono. Così ancora vi sono quelli che non sanno riflettere se non in piccola parte e in maniera quasi istintiva le aspirazioni comuni e seguono la corrente senza sapersene render conto; mentre vi sono altri che sanno esprimere in maniera eminente i modi comuni di pensare e di sentire e sono gli *uomini rappresentativi*, le vere voci della coscienza collettiva. E fra i due estremi vi è la scala delle molteplici gradazioni.

Bisogna inoltre notare che le convivenze alquanto evolute non sono semplici aggregati di individui, ma sono aggregati di gruppi di vario genere ed estensione, che in vario modo si collegano, s'intrecciano e reagiscono gli uni sugli altri. In seno di ciascuno di questi gruppi si elaborano, nel modo medesimo ora indicato, forme parziali di coscienza collettiva per opera degli

individui che li costituiscono e in proporzione della loro capacità. E queste coscienze parziali, venendo in contatto sopra tutto per mezzo delle capacità che sono meglio in grado di esprimerle e di farle valere, dànno origine ad altre combinazioni, da cui scaturiscono poi quelle comuni correnti di pensiero e di aspirazioni, che caratterizzano una data società, o una data epoca storica.

Sicchè la coscienza collettiva risulta definitivamente da tutte queste azioni e reazioni psichiche fra individui e gruppi, che in vario senso si collegano e si combinano fra di loro. Ma in fondo risiede sempre nei singoli individui e trova in essi, proporzionatamente alla loro rispettiva capacità, i suoi organi, la sua espressione e il modo di farsi valere; poichè i suoi elementi ultimi, irriducibili, sono sempre i singoli individui. Essa anzi non potrebbe sorgere se non vi fosse nei singoli individui una conformazione psichica fondamentalmente identica e la possibilità di identici processi psichici. Ma opera, non quale una somma di parti, sì bene quale una unità, quale una formazione obbiettiva, in quanto come tale viene creduta. La sua autorità e la sua efficacia è in proporzione di tale credenza. In tal caso la credenza non riduce o non annulla il contributo di ciascun individuo, non restringe la loro autonomia di pensiero e di volontà, ma anzi la rinforza, poichè fornisce a ciascuno il mezzo per agire più potentemente sulla comune produzione in proporzione delle proprie capacità. Io tanto più potrò agire sulle comuni correnti del pensiero, quanto meglio, profittando delle comuni predisposizioni e delle comuni tendenze, riesco a modificare gli altrui convincimenti, mettendo in circolazione nuovi credi.

§ 321. — Dicendo che la coscienza collettiva è, in gran parte, un prodotto della credenza, non intendiamo certamente affermare che sia normalmente l'effetto di

semplici aberrazioni. Di regola la coscienza collettiva riflette le condizioni del gruppo in cui si produce, i suoi bisogni e anche le sue aspirazioni verso forme superiori di adattamento. Se le coscienze degli individui tendono a muoversi in armonia con i proprî bisogni, ciò deve avvenire anche per queste comuni maniere di pensare e di volere; altrimenti gli aggregati non potrebbero sussistere, diventando incapaci di produrre le condizioni necessarie al proprio adattamento. Infatti vediamo che il nostro mondo interno dei fini tende costantemente a mettersi in armonia col mondo esterno delle cause, e più questa tendenza si accentua e meglio un individuo o un popolo riesce a conseguire un più alto grado di sviluppo. Ciò non significa che la nostra coscienza sià un semplice riflesso delle condizioni di fatto. La coscienza è sempre qualcosa di più e di diverso, perciò essa costituisce un mondo di fini e può reagire sulle condizioni di fatto e modificarle. La sua azione trasformatrice è in genere proporzionale al suo grado di sviluppo; così, mentre gli esseri inferiori e proporzionatamente anche gli uomini primitivi subiscono quasi in tutto gl'influssi dell'ambiente, gl'individui ed i popoli più evoluti plasmano l'ambiente in armonia con i proprî scopi.

La coscienza poi reagisce sulle condizioni di fatto in quanto determina, in conformità dei proprî fini, certi criterî regolatori, secondo i quali l'attività degl'individui deve dispiegarsi sul mondo esterno. A causa di questi criterî gl'impulsi all'adattamento assumono in genere il carattere di regole, si rivelano cioè quali forme di coordinazioni di volontà e di atti e così dispiegano una efficienza pratica. L'attitudine propria della nostra coscienza a determinar tali criterî può indicarsi col nome generico di *coscienza normativa*. Questa attitudine varia naturalmente con gl'individui, quantunque si presenti in tutti con certe caratteristiche fon·

damentalmente identiche. E a causa delle interazioni sociali, dà origine a certe comuni maniere d'intendere e di attuare i criterî della condotta per le intere collettività. Così, come abbiamo una coscienza collettiva in genere, abbiamo una comune coscienza normativa in ispecie.

Al pari della coscienza collettiva in genere, anche questa speciale forma di coscienza si determina con i medesimi processi. Essa non è una semplice somma di singole coscienze normative, ma una risultante dovuta alla collaborazione di un numero indeterminato d'individui, i quali, sulla base di una comune identità psichica elaborano criterî di condotta comuni, che poi s'impongono ai singoli con l'autorità di credenze collettive. L'autorità di tali credenze è tanto più grande, quanto meno le società sono evolute, poichè allora tanto meno le singole coscienze si sono differenziate e prevale quindi quel comune fondo psichico, che in certo qual modo le assimila e le confonde. Ma in periodi più avanzati di sviluppo, le divergenze della condotta individuale si manifestano e sono rese mano mano più tollerabili dalla forma di solidarietà, che va gradatamente fondandosi sulla divisione del lavoro. Onde vediamo che nella società moderna, non solo viene lasciato ad ogni individuo una grande libertà per regolare la propria condotta privata, ma si tollerano anche bizzarrie di condotta e di carattere, che in altri tempi sarebbero state considerate quali gravi infrazioni o ripugnanti a normalità.

Ma, anche in questo caso tali divergenze sono più limitate di quanto non apparisca e si svolgono più nel dominio teorico, anzi che in quello dell'azione. Noi ripetiamo spesso a proposito di opinioni o in genere di maniere di pensare, che ogni individuo è figlio del suo secolo. A maggior ragione dobbiamo ciò ripetere per i criterî che più direttamente si riferiscono alla condotta.

A tal riguardo possiamo osservare che le capacità che collaborano alla formazione di una comune coscienza normativa, operano a preferenza quali forze conservatrici, rivolgono la loro attività, più a riflettere, a rappresentare, a coordinare, anzi che ad iniziare nuove norme di condotta. I grandi riformatori della condotta appariscono a notevoli intervalli di tempo, le altre capacità dispiegano la loro azione più a consolidare e ad organizzare, anzi che ad innovare.

Da ciò si rileva che la coscienza normativa, a differenza di quella che potrebbe chiamarsi teoretica, è più conservatrice e si svolge, assai più che non avvenga per quella, sotto l'azione della credenza, poichè noi tanto più attivamente operiamo, quanto più crediamo.

§ 322. — La coscienza normativa si mostra al suo inizio indistinta e confusa, allorchè i criteri di valutazione non si sono ancora differenziati, per cui un criterio unico abbraccia tutte le manifestazioni della condotta. Questa è la ragione ultima per cui tutte le norme della condotta assumono un medesimo aspetto e sono come amalgamate fra di loro in un ammasso caotico. Tracce di questa confusione possiamo ancora rinvenire nella coscienza del bambino o delle persone del popolo, per cui la violazione della norma morale o anche del precetto religioso acquistano il carattere di una violazione giuridica e viceversa. Solo in processo di tempo si determina lentamente una distinzione nei criteri valutativi e si comincia a comprendere come alcuni atti abbiano una maggiore importanza per la compagine sociale e in pari tempo presentino un carattere, per cui possono essere imposti per mezzo di norme esterne capaci di una più precisa formulazione.

Conseguentemente, si formano nella coscienza individuale e in quella collettiva, peculiari criteri di valutazione, in forza dei quali si determina una cernita di

rapporti e di norme atte a regolarli con sanzioni esterne e coattive; mentre altri rapporti vengono lasciati al sindacato dell'opinione o all'azione del supposto potere divino. Ora, quest'aspetto della coscienza normativa, quest'attitudine a formare criterî specifici di valutazione e a determinare norme di condotta esterne e coattive ispirate a criterî di giustizia e di utilità, è ciò che noi chiamiamo coscienza giuridica. Per la genesi del diritto la coscienza giuridica è un *prius* dal quale non possiamo prescindere e in pari tempo un punto oltre il quale non possiamo andare.

Tutte le scienze hanno certi punti di partenza, che esse non dimostrano, ma ammettono come dati, come ipotesi indiscutibili, poichè non hanno i modi e i mezzi per discuterli ed analizzarli e perchè altrimenti si perderebbero in disquisizioni, che le porterebbero fuori del proprio campo, facendo perdere i benefici effetti della divisione del lavoro. Così nel nostro dominio arriviamo a un punto in cui ci è impossibile spiegare l'origine del diritto senza postulare questa specifica attitudine della coscienza umana. Essa esiste certamente in embrione nella psiche di ogni individuo, ma si sviluppa lentamente negli attriti della vita in comune e con le necessità dell'adattamento. E si sviluppa in modo anche più lento delle altre forme di coscienza pratica, perchè assai complessa, come sono complessi appunto gli elementi, onde il diritto si compone e le sintesi, onde risulta.

E a causa appunto di questa complessità essa non arriva che assai tardi al suo completo sviluppo e non vi arriva neppure presso tutti i popoli. Fra i popoli dell'antichità non possiamo citare il solo popolo romano come quello che abbia portato la coscienza giuridica al piò alto sviluppo. Presso gli altri popoli la coscienza giuridica rimane più o meno annebbiata e confusa con le altre forme di coscienza normativa, per

cui il diritto viene più o meno confuso con le altre norme di condotta. E anche ai giorni nostri vediamo che in una quantità di problemi promossi dalla complessa attività della vita moderna, il criterio giuridico e il punto di vista giuridico spesso si smarriscono o si confondono col puro criterio etico o col puro criterio di opportunità.

Si capisce poi che la coscienza giuridica non presenta in tutti gl' individui umani di una data convivenza il medesimo grado di sviluppo, onde anche a tal riguardo si rivelano quelle differenze di capacità che abbiamo notato rispetto alle altre attitudini e agli altri fatti psichici. Ed è appunto per opera di queste capacità e per mezzo di quei medesimi influssi reciproci, di cui abbiamo innanzi discorso, che si determina in ispecie una comune coscienza giuridica, come si determina in genere una comune coscienza sociale. Si tratta di un processo fondamentalmente identico, come in fondo è identico il fenomeno, che noi consideriamo sotto i suoi diversi aspetti per necessità di analisi scientifica. Solo che la credenza assume nel nostro caso il carattere di convincimento giuridico. Questa forma di convincimento è stata messa in rilievo dai giuristi soltanto a proposito della consuetudine, ma esiste ed opera in tutti i dominî del diritto, poichè essa non è che la credenza comunemente accettata intorno all'esistenza giuridica di un atto o di una norma e anche il criterio di valutazione generalmente diffuso intorno alla legittimità o illegittimità del rapporto, come della norma e dell'ordinamento giuridico in genere. L'azione delle capacità si esplica in questo campo a far sorgere e a diffondere una serie di convincimenti giuridici e, per conseguenza, comuni modi di pensare intorno al diritto in rapporto con le esigenze della vita.

§ 323. — Dopo queste spiegazioni si comprende quel che vogliamo dire allorchè affermiamo che il diritto è

sempre, in fondo, il prodotto della coscienza giuridica di una convivenza e si muove o tende a muoversi in armonia con le esigenze della vita in comune. Il diritto è sempre un prodotto dell'adattamento fra la coscienza giuridica e le esigenze della vita; non nel senso che la coscienza giuridica rifletta ciecamente queste esigenze, ma nel senso che le valuta e le ordina o tende ad ordinarle conformemente alla loro propria natura. Dove questo adattamento in qualche modo non si produce, la convivenza non può sussistere.

Il diritto perciò non è un prodotto misterioso o incosciente dovuto all'azione di una vaga coscienza popolare, ma è il prodotto riflesso di una coscienza giuridica, quale esiste nella coscienza di ogni individuo e quindi poi in vario modo si sviluppa negli attriti della vita sociale, dando origine ai comuni convincimenti giuridici. Questi sono possibili, perchè vi è in ogni individuo l'attitudine a formarli e a riceverli e perchè vengono dalle condizioni di fatto stimolati e promossi, acciò gl'individui possano vivere in comune in quell'ambiente determinato. In ogni stadio di sviluppo sociale vi sono forme corrispondenti di coscienza giuridica armonizzanti con le condizioni di vita sociale, le quali non possono venir modificate ad un tratto, secondo l'arbitrio del legislatore o il capriccio di un despota, perchè quell'arbitrio si trova in ogni data epoca o in ogni data convivenza costretto entro limiti insormontabili. Le capacità, per quanto elevate esse siano, si devono pur sempre muovere in rapporto con la coscienza giuridica e con le condizioni di fatto, anche quando agiscono a modificarle, sia perchè non potrebbero approdare le modificazioni, che si trovano con esse in aperto e radicale contrasto; sia perchè tali forme di modificazione non potrebbero essere neppure immaginate.

Il diritto quindi scaturisce lentamente da questo svi-

luppo della coscienza giuridica e dal suo adattamento alle condizioni di fatto, e quale diritto positivo, diventa anche esso una delle condizioni di fatto dell'aggregato, dalle quali gli ulteriori sviluppi della coscienza giuridica in parte dipendono, ma contro le quali anche in parte reagiscono, trasformandole gradatamente.

§ 324. — Se intendiamo in questo modo il rapporto fra coscienza giuridica, necessità di fatto e diritto, molte obbiezioni e difficoltà, che a prima vista possono sembrare insolubili, vengono facilmente risolute. Così, ordinariamente si ritiene che il Governo, lo Stato e in genere l'apparato regolatore contenga in sè stesso tutta la forza che sprigiona per farsi valere. Ora, nessuno Stato, autorità o Governo, come nessuna norma, potrebbero essere obbediti se non trovassero alimento in una forza che sta al di fuori di essi e giace appunto nella coscienza della collettività. Neanche il Governo più dispotico potrebbe esistere se non trovasse una qualche risonanza nella coscienza dell' aggregato. Dire che un Governo dispotico si mantiene con la forza materiale, significa guardare all'aspetto esterno del fenomeno, poichè la forza di cui un Governo dispone è sempre quella che la convivenza gli presta e gli rende possibile di far valere a causa delle sue credenze o della passiva adesione del maggior numero.

Ma affermando che il diritto tende a riflettere la coscienza giuridica della collettività, non s'intende escludere che possa anche eventualmente riflettere le aberrazioni di questa coscienza. Anzi, appunto perchè la riflette, tende a rifletterla per quello che è in un dato momento. E così ancora, se il diritto si adatta alle condizioni di fatto, ciò non significa che esso si adegui sempre alle condizioni quali effettivamente sono. Tali condizioni non possono entrare nel dominio del diritto, se non in quanto sono sentite e percepite dalla coscienza e tale percezione può essere qualche volta errata.

Quando l'errore è generale, esso dà origine a un comune pregiudizio, che, come tale, entra a far parte delle condizioni di esistenza in quella data società. Perciò il diritto può tante volte fondarsi sul pregiudizio, come avveniva nel medioevo o come avveniva ed avviene in genere presso popoli ancora poco inciviliti.

Neanco i conflitti che si determinano fra la forma e il contenuto del diritto costituiscono una eccezione al principio, poichè essi già, per loro stessi, indicano che il diritto tende di adattarsi alle aspirazioni della coscienza giuridica e alle condizioni di fatto, a misura che le une e le altre si trasformano. Dove la coscienza giuridica e le condizioni di fatto non si trasformano, non si sente il bisogno di trasformare il diritto e perciò non appariscono neppure i conflitti di questo genere, come avviene appunto presso tanti popoli quasi immobilizzati in un dato periodo di cultura.

Parimenti non costituisce una eccezione il fatto della conquista o della sovrapposizione di popoli o di classi sociali. La conquista non può mantenersi con la sola violenza; i conquistatori che vogliono consolidare il loro dominio sono, prima o poi, costretti a tener conto, almeno entro certi limiti, delle esigenze e delle aspirazioni dei conquistati. E a misura poi che la conquista si prolunga, si sviluppano dai contatti fra conquistatori e conquistati quelle interazioni psichiche, dalle quali a poco a poco scaturisce una coscienza comune. Mano mano che si svolge il processo di fusione fra le coscienze, il diritto dei conquistatori si modifica per modo da corrispondere, almeno in parte, alle aspirazioni dei conquistati, o pure sorge, dal cozzo stesso dei due diritti, un diritto più o meno nuovo, il quale riflette le nuove condizioni determinatesi nella convivenza e le nuove aspirazioni della coscienza giuridica. Le lotte, gli antagonismi, le condizioni di malessere che permangono in seno di certi Stati composti di più razze, mostrano

che la fusione delle coscienze non si è compiuta come non si è compiuta quella fra le condizioni di esistenza e che quindi non è possibile la formazione di un diritto comune.

L'istesso conviene presso a poco ripetere per il dominio di classe. Le classi dominanti non possono costituire un diritto che rifletta i loro esclusivi interessi e le loro esclusive aspirazioni, senza con ciò stesso rendere impossibile il loro dominio. Se le classi dominanti hanno una parte preponderante nella formazione del diritto, ciò avviene perchè esse hanno una parte predominante nella formazione di una comune coscienza giuridica. Ma con ciò non possono annullare la coscienza giuridica, nè le condizioni di esistenza delle classi dominate, che debbono entrare ed entrano anche esse in considerazione ed esercitano quindi la loro influenza nel formarsi del diritto comune a tutte.

CAPITOLO XI

Il diritto e la lotta di classe.

Sommario. — 325. La teoria della lotta di classe. — 326. Gl'interessi di classe. — 327. Azione dei sentimenti. — 328. L'energia del volere. — 329. Azione delle leggi psichiche. — 330. Il diritto non è prodotto dalla lotta.

§ 325. — Queste ultime considerazioni c'inducono ad esaminare quel che possa esservi di vero in una teoria, che ha acquistato molto credito in questi ultimi tempi e che si presenta come una teoria basilare per la spiegazione di tutti i fenomeni della convivenza. Secondo questa dottrina, i fatti della vita sociale sono innanzi tutto connessi ad una incessante lotta di classi o in

genere di gruppi sociali antagonistici; lotta, ora latente, ora manifesta, ma continua ed inevitabile. Essa sarebbe determinata dalla tendenza che spinge ogni gruppo ad affermarsi, coscientemente o incoscientemente, di fronte o sopra agli altri gruppi, sia per difendere o imporre la propria individualità etnica, sia per avvantaggiare la propria condizione economica. In questa lotta, le razze etnicamente meglio dotate o le classi economicamente meglio provviste, riescono a dominare ed a sfruttare le classi più deboli e più povere, e quindi ad imporre un diritto, che è tutto a vantaggio proprio e a danno dei dominati.

Come si vede, questa dottrina ha una doppia base e una doppia origine: una base etnica e una base economica. Dal punto di vista etnico è stata suggerita dal concetto che la storia dell'umanità sia stata sempre il prodotto di un conflitto di razze. Dal punto di vista economico questa dottrina è apparsa quale una naturale conseguenza dell'altra dottrina che considera tutti i fenomeni sociali siccome una conseguenza delle condizioni economiche. Ma in quest' ultimo caso, accanto alle condizioni economiche s' introduce, con la lotta di classi, un nuovo elemento, il quale viene in fondo a modificare la dottrina, che vede quale causa unica il fenomeno economico.

Comunque sia, queste dottrine si riducono in fondo ad affermare che il diritto sia la conseguenza di un conflitto d' interessi, siano etnici, siano economici. in forza del quale i gruppi dotati s' impongono a quelli meno dotati e li costringono ad accettare il diritto, che riesce più favorevole ai proprî interessi.

§ 326. — Noi già notammo che i conflitti di interessi sono un' occasione per la formazione del diritto, ma non ne costituiscono la causa, perchè il diritto non può scaturire dal conflitto, sì bene deve provenire da un principio che s'impone al conflitto per regolarlo in

qualche modo, rendendo possibile le conciliazioni d'interessi. Dove le conciliazioni non sono possibili e dove il conflitto non può temporaneamente cessare se non col sacrifizio completo di una categoria d'interessi a vantaggio di altri, quivi non può parlarsi più di diritto, ma deve solo parlarsi di prevalenza della forza.

Comunque sia, questo diritto, se così possiamo chiamarlo, non potrebbe imporsi con la sola forza materiale, poichè le classi meglio dotate costituiscono pur sempre una minoranza esigua e perciò in una lotta aperta non potrebbero resistere; dovrebbe invece imporsi con una forza morale, cioè di carattere psichico. Essa dovrebbe consistere in una maggiore intelligenza ed abilità, che induce a tenere le classi soggette in un inganno perpetuo circa i loro proprî interessi. Ma come è possibile immaginare che interi gruppi di popolazione possano così profondamente ingannarsi intorno ai proprî interessi, senza che la voce della giustizia, lo stimolo dei bisogni permetta loro di aprire gli occhi alla verità? Individui così poco dotati psichicamente non potrebbero vivere, perchè incapaci di comprendere le condizioni del proprio adattamento. Certo le capacità di adattamento sono infinitamente varie, ma non possono essere addirittura nulle, quali le richiederebbe la teoria. Un diritto che *neppure in parte* tuteli gl' interessi delle classi soggette non può esistere, perchè condurrebbe alla distruzione di queste classi. Ma se li tutela almeno in parte, allora non è un prodotto esclusivo degl'interessi delle classi dominanti.

Bisogna poi notare che non sempre le classi sociali assumono organizzazione precisa; esse sono spesso organismi amorfi, senza confini fissi. Questi caratteri si sono anzi sempre più accentuati nelle moderne società, a causa della mobilità crescente che assumono i rapporti sociali. Infatti dove è ora che una classe sociale comincia e dove finisce? Di quali elementi esclusiva-

mente si compone? Mancando i caratteri distintivi e i confini precisi, diventano possibili e frequenti i passaggi da una classe all'altra; ma ciò rende sempre più difficile un accordo completo e cosciente intorno ai proprî interessi, almeno del genere di quello che la teoria suppone. Si dovrebbe allora parlare di un accordo incosciente; ma un accordo incosciente per costituire un complicato e permanente piano di dominio, è un'ipotesi assurda, che potrebbe affermarsi solo per partito preso e prescindendo completamente dalla realtà.

§ 327. — La dottrina non regge neppure di fronte ad un'analisi dei sentimenti, che operano nelle convivenze umane. Per ammettere tale dottrina bisognerebbe infatti supporre che operino solo i sentimenti egoistici di classe, poichè se si ammette che operano accanto ad essi altri sentimenti egoistici, come, ad esempio, egoismi di famiglia, di partito, di setta o anche di nazione, la dottrina non si può più reggere. Ora nel fatto queste altre forme di egoismo o di ego-altruismo, come altri dice, dominano in modo potente e riescono anche a sopraffare gli egoismi di classe.

Ma nella coscienza umana non esistono soltanto sentimenti egoistici, esistono anche sentimenti altruistici, la cui azione ha un'importanza notevole nella vita della convivenza e per la formazione del diritto. Come si spiega, ad esempio, con la teoria della lotta di classe quel sentimento di carità, quell' amore del prossimo, quel bisogno di beneficenza, che in certi secoli dà specialmente origine a tante istituzioni e a tante forme di vita associata? La teoria, disconoscendo tutta una metà della psicologia del sentimento, non tiene alcun conto dei sentimenti di questo genere, altrimenti dovrebbe ammettere che, accanto agli egoismi di classe, agiscono anche sentimenti altruistici, i quali inducono a prender cura delle classi soggette. E così essa si preclude la via alla spiegazione psicologica di tanti avvenimenti storici

Per esempio, nei movimenti rivoluzionarî o di grandi riforme, i nuovi sentimenti e le nuove idee non si fanno valere per opera di una classe sola, ma per opera di persone appartenenti a varie classi, poichè le capacità possono sorgere in seno di ciascuna ed è anzi spesso in seno delle classi umili che sorgono quelle coscienze più sensibili, più atte a far vibrare i sentimenti nobili e generosi nelle coscienze di tutti.

Nelle moderne società civili osserviamo un crescente interessamento per le classi proletarie e diseredate connesso con un moto sempre più accentuato di riforme sociali. Ciò non può spiegarsi col semplice interesse della classe dominante, poichè i nuovi sentimenti di umanità e di giustizia sono diffusi in tutte le classi sociali. Si può anzi dire che i proletarî siano in genere organizzati e condotti alla lotta da persone appartenenti ad altre classi sociali, che, dal punto di vista dell'interesse della propria classe, dovrebbero invece impedire questa organizzazione.

È poi indubitato che in parecchi di questi casi operano anche quei sentimenti chè potrebbero chiamarsi *pseudo-altruistici,* perchè assumono un aspetto altruistico, mentre sono mossi da fini egoistici. La dottrina della lotta di classe non disconosce che la classe dominante può alle volte fingere di prendere a cuore gl'interessi delle classi soggette solo per meglio difendere gl'interessi proprì; ma non pensa peraltro che questo medesimo giuoco possono farlo i singoli componenti e non nell'interesse della classe, ma nel loro interesse personale. Gli spostati, gli scontenti, gli ambiziosi, coloro che in seno della propria classe non hanno potuto ottenere il posto cui ambivano, formano sempre una schiera numerosa. Queste persone cercano spesso di farsi avanti, e trovano in seno delle classi scontente un facile sgabello per salire. Quanti *grassi borghesi,* ad esempio, non entrano fra le ampie braccia del partito socialista con questi secondi fini?

La conseguenza ne è che non ne risultano avvantaggiati gl'interessi soltanto dei *pseudoaltruisti*, ma quelli bensì del partito o della classe, cui essi s'iscrivono. Lo zelo degl' interessati personalmente è spesso cieco ed esagerato e può produrre a tal riguardo conseguenze che non prevedono, nè del resto curano di prevedere, coloro che ne sono stimolati. Onde le stesse classi dominanti possono vedersi contestato il dominio assoluto da membri che escono dal loro proprio seno.

§ 328. — Neanche l' energia del volere (dalla quale per tanta parte dipende l'azione che gli uomini esercitano gli uni sugli altri) è distribuita fra le classi sociali per modo che le volontà più forti siano sempre nella classe dominante e le più deboli sempre nelle classi dominate. Sappiamo anzi che il dominio stesso finisce per infiacchire le volontà, onde la posizione sociale o politica di una classe molte volte dipende, più che dalla sua energia attuale, dalla energia di un tempo, la quale, essendosi esaurita quale forza attiva, si conserva quale forza passiva per opera delle tradizioni, delle abitudini, ecc. Le energie crescenti in seno delle altre classi a poco a poco la minano, la spostano, la modificano, per mezzo di lenti adattamenti o la scuotono in modo improvviso, per via di aperte rivoluzioni. Il primo caso è più frequente ed è quello che conduce alle infinite forme di transazioni, di conciliazioni, di aggiustamenti, di cui è formato, si può dire, il tessuto della storia umana, come in ispecie quello della storia del diritto. E tali aggiustamenti si producono, non soltanto fra le classi, ma anche fra i partiti, fra i gruppi di ogni genere, onde la convivenza è costituita, fra tutti i centri di energia volitiva sparsi, a così dire, per l'aggregato.

Non vi è quindi un moto unico di aggiustamento, ma ve ne sono infiniti, come appunto avviene, a mo' di paragone, in un organismo individuale fra le cellule,

i tessuti, gli organi, gli apparati organici, ecc. Noi non possiamo immaginare una direttiva unica, comune a tutte queste forme di aggiustamento, per comodo di una teoria semplicista, che potrà rispondere alle esigenze dell'estetica o agl'interessi di un partito, ma non riflette poi la realtà delle cose; e queste molteplicità e varietà esistono anche allorchè il movimento sembra semplificarsi, avviene come nelle epoche di rivoluzione. La rivoluzione non è infatti caratterizzata da un moto solo ed uniforme, ma da una serie di moti; accanto ai moti più appariscenti vi è una quantità di altri moti, che si esplicano in vario senso e rappresentano le diverse tendenze, i diversi impulsi delle energie volitive, che conducono alle diverse forme di aggiustamento o di conciliazione fra le varie parti. E si può dire che, in genere, più le società sono complesse, più numerosi e diversi e secondo direzioni più varie si manifestano tali aggiustamenti, poichè più numerosi e più varî sono gli elementi e le energie, che cercano un assetto nuovo.

Gli è perciò che la teoria che critichiamo si trova in contrasto col modo come effettivamente si svolge il fatto della ripetizione, che sotto il duplice aspetto d'imitazione e di abitudine per tanta parte contribuisce alla disposizione e all'assetto dei rapporti sociali. La ripetizione non obbedisce agl'interessi di classe, ma obbedisce innanzi tutto alle sue proprie leggi, che s'impongono agl'interessi di classe come agl'interessi di ogni altra natura, o almeno li modificano in vario senso. Chi è che crea o inventa sono le energie, gli elementi psichici più forti; i più deboli riproducono, imitano in maggiori o minori proporzioni. E l'energia psichica si distribuisce in vario modo, non solo nelle diverse classi, ma anche nelle diverse coscienze, rispetto ai differenti processi, che vi si compiono. Nessun individuo può dirsi assolutamente forte o assolutamente debole; per cui si ha un intreccio inestricabile d'influenze imitative, che

in vario senso sventano e distruggono i piani preconcetti di dominio e di supremazia. E può quindi avvenire che le idee ed i sentimenti che più sono in armonia con gli interessi delle classi soggette, trovino eco e si diffondano quasi per contagio, fra le classi dominanti, come avveniva all'epoca che precedette la rivoluzione francese e come avviene anche nell' epoca attuale.

Anche l'abitudine che, come sappiamo, è una cristallizzazione di forme di attività, che si determina e si conserva con la ripetizione, può trovarsi in contrasto con gl'interessi più diretti, come vediamo in tanti rapporti della vita, massime se si tratta di fatti che, poi armonizzano con gl'interessi generali della coesistenza e della cooperazione. Non solo negli aggregati umani, ma anche in quegli animali, le abitudini (che in tal caso sono istinti) si costituiscono, non in guisa soltanto da favorire l'utile dei singoli, ma anche da favorire l'utile della specie. Lo stesso processo in base al quale l'abitudine sociale si forma, dimostra che questo deve inevitabilmente accadere, perchè gli atti che più frequentemente e più costantemente si ripetono in seno di un aggregato, sono quelli appunto che riescono più favorevoli all'adattamento degli individui alla convivenza e l'adattamento non può conseguirsi col sacrifizio degl'interessi comuni (1). Ora, siccome l'abitudine è una delle basi della consuetudine, che è tanta parte della vita del diritto, ne deriva che il diritto stesso, anche per tal riguardo, non può essere a vantaggio esclusivo degli uni e a danno esclusivo degli altri.

§ 329. — Bisogna inoltre tener conto del modo come si sviluppa l'attività psichica nella coscienza dei singoli e quindi nella coscienza collettiva, che ne risulta. L'at-

(1) Vedi *La forza obbligatoria della consuetudine giuridica*, Perugia, 1899, pag. 123 e seg.

tività psichica è una continua creazione, ma una creazione sempre più ricca e complessa a misura che i prodotti spirituali si accumulano. Quest'arricchimento delle coscienze si produce indipendentemente dai confini di classe e perciò torna a benefizio di tutto l'aggregato. Il miglioramento delle condizioni materiali e morali in alcune convivenze, la maggiore somma di benessere che vi si produce e si diffonde, non in seno di una sola classe, ma in seno d'interi aggregati e quindi la partecipazione sempre più estesa di tutti i gruppi sociali, non solo al governo, ma anche ai benefizî tutti della consociazione, ne sono una conseguenza.

A misura poi che le coscienze si sviluppano, non solo esse si emancipano dagl'impulsi di ordine fisiologico, ma anche da quelli di ordine moralmente meno elevato, per obbedire ad impulsi di ordine superiore. Questo fenomeno, che genera come fu detto, una *spiritualizzazione crescente* delle collettività in tutte le convivenze progressive, rende mano mano possibile una crescente solidarietà di parti ed una cooperazione a base d'interessi comuni in un numero sempre più grande di persone e di gruppi. Per conseguenza, determina una comprensione mano mano migliore e più completa delle esigenze della vita in comune e quindi delle condizioni di adattamento, alle quali conviene far fronte per procurare una esistenza collettiva meglio ordinata e più felice; provoca i sentimenti più adatti a questo genere di esistenza e rende le volontà più energiche e meglio disposte a reagire contro gli stimoli, che operano in senso contrario. Tutto questo è certamente in contrasto con le condizioni psichiche quali dovrebbero essere presupposte da una permanente lotta di classi o dal predominio assoluto di alcune classi soltanto.

Vi è oltre a ciò il fenomeno che fu chiamato dei *contrasti psichici,* dovuto alla relatività dei processi psichici e per cui si determina il passaggio da un or-

dine d'idee e di sentimenti a quello di ordine opposto e si danno nella vita sociale le opposte orientazioni della coscienza in due periodi storici diversi, le azioni e reazioni di dottrine, di leggi e di costumi, la fortuna di certe dottrine in una data epoca e il discredito in cui cadono nelle epoche successive. E può anche spiegare, almeno in parte, il sorgere della dottrina che critichiamo, la grande fortuna che ha avuto, specialmente presso alcune sfere sociali. Se, per un verso, essa rappresenta l'affermarsi di nuove esigenze, per un altro verso, è poi anche effetto di una reazione contro altri modi più ottimistici di concepire e di spiegare i fenomeni della società, e perciò può assumere ora un rilievo speciale.

Ma se la legge dei contrasti psichici può in parte spiegarne la genesi, non vale poi a giustificarla. Con l'avvicendarsi delle idee e dei sentimenti di ordine opposto, devono anche avvicendarsi i rapporti di ordine opposto, che ne sono gli effetti; e per conseguenza, sia le relazioni nell'interno di ciascuna classe, sia quelle che si sviluppano fra le classi diverse, non possono non riceverne notevoli spostamenti. Così, ai sentimenti di odio possono succedere i sentimenti di simpatia e alle lotte acute le armoniche e feconde cooperazioni. Le due opposte tendenze possono avvicendarsi anche in seno di una medesima epoca e per questo avvicendarsi, il diritto, riesce a farsi strada e ad affermarsi al di sopra degli antagonismi quale principio regolatore, tanto della lotta che della cooperazione.

Occorre finalmente tener conto dell'altro fatto indicato con l'espressione di *eterogenesi dei fini*, che ha tanta importanza nel dominio dell'etica, come nella formazione e trasformazione dei rapporti sociali. A causa infatti degli spostamenti che si producono nei fini per via delle sintesi psichiche sempre rinnovantesi e dei contrasti emotivi, che si succedono nelle coscienze,

manca spesso una corrispondenza esatta fra i motivi delle azioni e i risultati, che ne derivano, per cui questi si trovano più o meno in contrasto con i fini che volevano conseguire; o i motivi stessi a poco a poco si modificano, per guisa da favorire il conseguimento di fini diversi da quelli, verso i quali in origine tendevano. Onde idee ed istituzioni sociali e giuridiche, sorte in vista di certi fini, vengono a conseguire fini diversi, spesso non preveduti. L'eguaglianza, ad esempio, nel suo significato moderno, sembra essere stata una produzione del sentimento aristocratico: « l'aristocrazia, per un logico processo, passa alla sua propria negazione » (1). Così avviene rispetto ad ogni assoluto dominio nella convivenza, che per una specie di dialettica, è condotto alla sua propria negazione. E tutto ciò è inconciliabile con i piani prestabiliti di un dominio assoluto e incontestato di classe.

§ 330. — Un apprezzamento largo ed obbiettivo degli elementi psichici, che stanno a base del diritto, ci conduce adunque ad escludere come troppo parziale e semplicistica la dottrina che combattiamo. Per reggersi essa è costretta a procedere ad una continua cernita dei fatti che le si mostrano più favorevoli e ad una continua deformazione ed eliminazione dei fatti che le si mostrano contrarî. Così, è costretta ad immaginare l'esistenza perenne di due classi sociali contrapposte, mentre nella realtà, queste sono spesso più di due; è costretta a immaginare uno stato di continua tensione fra le parti aggregate, mentre se ciò fosse vero, diventerebbe inesplicabile il fenomeno della convivenza; è costretta a presupporre un conflitto insanabile d'interessi, ciò che renderebbe impossibile una qualunque forma di cooperazione.

---

(1) Ritchie, *Natural rilghts*, New-York, 1903, pag. 260.

La storia non prova che il diritto sia un prodotto immediato della lotta, ma prova che invece esso è uscito dalle conciliazioni, che la coscienza giuridica e le necessità di fatto hanno imposto alla lotta. La lotta è, come abbiamo già detto, occasione, non causa del sorgere del diritto. Occasione, perchè stimola gli animi a trovare forme sempre più progredite di adattamento; non causa, perchè la lotta non può generare il principio di giustizia, nè quella fondamentale attitudine a combinare il principio di giustizia con quello di utilità, che abbiamo chiamato coscienza giuridica. La lotta è la condizione di fatto, che va regolata, ma non è la regola, nè la produttrice diretta della regola. Le dottrine intorno alle lotte di gruppi etnici o di classi hanno il merito di aver messo nella maggiore evidenza il fatto, prima non ancora profondamente studiato, che tutte le nuove forme di adattamento fra gl'individui aggregati e quindi tutte le feconde trasformazioni del diritto si compiono in mezzo ad antagonismi ed a lotte di ogni genere. Ma tali dottrine sono rimaste alla superficie, hanno scambiato il sintomo per la causa. Esse non hanno visto, prima di tutto, che la lotta per se stessa non può generar nulla; in secondo luogo che essa è manifestazione di adattamento inadeguato e perciò sintomo e preludio di forme di coscienza più evolute e più comprensive, che vogliono affermarsi in seno della convivenza. E qualora esse riescono ad affermarsi, le società raggiungono uno stadio di maggiore sviluppo; qualora non riescono, le società si cristallizzano o si dissolvono.

Il diritto quindi non può essere prodotto della lotta se non in modo apparente, e non potendo essere prodotto dalla lotta, non può esser neppure il prodotto esclusivo di una classe dominante. Se una classe prevalesse in modo assoluto sulle altre, non vi potrebbe esser lotta e il moto della storia sarebbe inesplicabile

La lotta può esistere solo allorquando vi sono due o più potenze in conflitto e quando ciascuna di esse ha la possibilità di esistere. E questo significa appunto che il diritto non può adagiarsi sulle aspirazioni di una classe soltanto, ma deve tenere anche conto, non importa entro quali limiti, delle aspirazioni delle altre classi. È così che può aversi quell'avvicendamento di conciliazioni e di conflitti, che costituisce la vita del diritto, come quella della società e della storia e quindi la vita del motore ultimo di tutte queste cose, cioè della coscienza.

CAPITOLO XII

Le trasformazioni del diritto.

Sommario. — 331. Modificazioni della coscienza giuridica. — 332. Delle condizioni di fatto.

§ 331. — Da tutto quello che abbiamo fin qui detto si desume che il diritto non è qualcosa di fisso e di cristallizzato; non è un prodotto che, una volta costituitosi, resti immutabilmente legato a certi istituti ed a certe forme. Il processo per mezzo del quale esso si costituisce non si arresta mai, perchè le coscienze si trasformano e si trasformano le condizioni di fatto, che ne stimolano la formazione in un modo o in un altro. Se il diritto non si trasformasse, prima o poi verrebbe a trovarsi in conflitto con le coscienze e con le condizioni di esistenza sociale, perderebbe così ogni funzione regolatrice e con ciò la sua ragione di essere.

Le cause delle trasformazioni del diritto bisogna quindi ricercarle innanzi tutto nelle trasformazioni che si produ-

cono nelle coscienze, e più esattamente in quella speciale forma di coscienza normativa, che abbiamo chiamato coscienza giuridica. Tali trasformazioni si determinano in modo diverso, secondo vengono intesi e combinati gli elementi onde il diritto risulta. Così, il criterio di giustizia, ora apparisce appena in embrione, ora pienamente sviluppato, perchè il sentimento e l'idea di giustizia non si presentano col medesimo grado di chiarezza e col medesimo contenuto in tempi e condizioni diverse.

Il sentimento di giustizia ha forma più o meno rozza, contenuto più o meno ristretto, carattere più o meno intenso, secondo il grado dello sviluppo mentale o le condizioni dell'ambiente, in cui si manifesta. Quando l'individuo è tutto assorbito dalle prime necessità dell'esistenza e dalle lotte con la natura e con gli altri uomini, il sentimento di giustizia è nel suo stadio embrionale, ancora accompagnato da sentimenti egoistici, incapace di diffondersi di là da una ristretta sfera di persone e di atti. Quando invece i bisogni di ordine inferiore sono pienamente soddisfatti e l'esistenza diventa più facile, di guisa che la coscienza umana può svilupparsi conformemente alla sua natura, arricchendosi di elementi emotivi molteplici e varî, il sentimento di giustizia si purifica e si diffonde, abbracciando estese categorie e di atti e di rapporti. Certo, il sentimento di giustizia non nasce per opera di quelle condizioni esterne ma può trovare in esse un impedimento o lo stimolo al suo sviluppo.

L'istesso avviene per l'idea di giustizia. Essa non può essere che un'idea imperfetta, allorchè non si danno che idee imperfette delle cose e dei loro rapporti, allorchè si concepisce ancora in confuso un ordine di causalità e i fenomeni sociali e cosmici sono posti in balìa dell'arbitrio di un essere superiore o di una potenza occulta. L'idea di giustizia rimane allora in certo modo

compressa sotto il concetto di un ordinamento arbitrario dei rapporti umani. Mentre acquista invece chiarezza, consistenza e profondità a misura che lo sviluppo della mente rende possibile la concezione di un ordine di cose indipendente dall'arbitrio umano o divino e le associazioni d'idee si allargano, permettendo di comprendere, non solo le conseguenze immediate, ma anche le conseguenze indirette e lontane dei proprî atti.

Col variare del sentimento e dell'idea di giustizia varia poi anche il modo come questi due elementi si combinano fra di loro presso i diversi popoli e nelle diverse epoche.

Questi cambiamenti si verificano ancor di più negli elementi che costituiscono il contenuto del diritto, quali appunto gli elementi di utilità e di opportunità. L'utilità certamente varia col variare dello sviluppo sociale e delle condizioni dell'ambiente, poichè è data da condizioni di adattamento, che si spostano di continuo; e ancor più mutevole per sua propria natura è l'elemento dell'opportunità. Tali cambiamenti diventano tanto più frequenti, quanto più le società si sviluppano e quindi si complicano le condizioni di esistenza sociale.

Non parliamo poi delle trasformazioni degli elementi emotivi, per loro natura instabili ed eminentemente soggettivi e perciò esposti a tutte le cause, che in qualche modo possono modificare l'equilibrio psichico. Basta citare le modificazioni che subisce il sentimento di simpatia, il suo processo di espansione dalla piccola cerchia familiare all'aggregato mano mano più vasto e quindi all'intera umanità; o il vario carattere che assumono nelle diverse epoche storiche i sentimenti della personalità.

Si comprende poi che con lo sviluppo della coscienza, non solo variano i diversi elementi che concorrono alla formazione del diritto, ma anche varia l'attitudine a combinarli, per guisa da dare origine alle diverse concezion

giuridiche; cioè varia se non nei suoi caratteri fondamentali, nel suo funzionamento, la coscienza giuridica, che è la diretta produttrice del diritto. Essa varia con lo sviluppo della coscienza in genere, di cui non è che una manifestazione o un aspetto, non solo perchè si arricchisce sempre di nuovi contenuti, ma perchè acquista il potere di sintesi più estese e più complesse.

§ 332. — E non solo gli elementi del diritto e la coscienza giuridica, anche le condizioni di fatto si modificano col trasformarsi degli uomini, e dei loro rapporti, con l'evolversi della storia. Le esigenze della vita in comune non possono essere identiche in un popolo rozzo e in un popolo civile. Ogni popolo, in ogni dato periodo del suo sviluppo, presenta le sue peculiari condizioni di esistenza, dalle quali risulta la sua individualità, la sua maniera di essere. E queste condizioni mutano, ora in modo rapido, ora in modo lento, provocando spostamenti, disposizioni nuove di rapporti e di esigenze, che alla loro volta fanno sorgere problemi nuovi nel dominio del diritto e stimolano la coscienza giuridica a nuove sintesi, alla formazione di nuovi criterì valutativi. Ogni nuova invenzione, ogni nuovo contatto fra gruppi sociali, determina modificazioni nelle forme di adattamento, che quindi si riverberano sulla coscienza giuridica, promuovendo trasformazioni nel diritto.

Le cause che valgono a trasformare il diritto sono quindi molteplici, esse provengono dalle coscienze stesse o dalle condizioni esteriori e si possono ridurre, per comodo di studio, in quattro categorie, che indicheremo con i nomi di *fattori fisici, antropologici, psichici* e *sociologici*. Bisogna peraltro avvertire che la espressione *fattore* viene qui presa in un significato molto relativo, perchè qui non si tratta di cause prime e semplici, ma di cause interdipendenti e complesse, di guisa che ciò che sotto un aspetto è fattore, sotto un altro è prodotto. Inoltre il vero e proprio fattore del

diritto è sempre la coscienza, le altre cause agiscono come stimolanti o quali mèzzi di esplicazione o di attuazione dei prodotti da essa elaborati.

CAPITOLO XIII

I fattori delle trasformazioni del diritto.

Sommario. — 333. Fattori fisici. — 334. Fattori antropologici. — 335. Fattori psichici. — 336. Fattori sociali.

§ 333. — I fattori fisici sono costituiti da tutto l'insieme delle condizioni fisiche capaci di promuovere in qualche modo, d'impedire o di modificare, i rapporti della convivenza, agendo sulle condizioni fisiologiche e psichiche degl'individui umani. Queste condizioni sono primitive o derivate, secondo che sono prodotte dalle sole forze della natura o pure dall'azione esercitata su queste forze dall'uomo.

Abbiamo innanzi tutto la posizione geografica, in quanto facilita o ritarda i rapporti fra i gruppi, rende possibili o impossibili certe forme di coesistenza sociale. Quindi la disposizione oro-idrografica, in quanto contribuisce a rendere le convivenze più ristrette o più estese, più sparse o più raccolte, a stimolare lo spirito di socievolezza, o il sentimento di autonomia. La presenza o la mancanza assoluta di montagne, la stessa direzione delle montagne e dei fiumi sono fatti, che hanno la loro importanza sulle trasformazioni delle società e del diritto.

Non vanno poi trascurate tutte le influenze che possono provenire dalla natura del suolo, dal suo grado di sterilità o di produttività, dalla fauna e dalla flora, che

esso alimenta, dalle sostanze minerali, che racchiude; poichè tutti questi fatti operano sull'attività degl'individui e sulle condizioni di esistenza sociale, quindi sul diritto, che può regolarle. Notevole è infine l'influenza delle condizioni climatiche, non solo per l'azione diretta sugli organismi, ma anche per l'azione che possono dispiegare sulle forme della vita sociale e sui rapporti fra gl'individui. Questa influenza attirò l'attenzione fin dall'antichità, ma ha dato anche origine a generalizzazioni affrettate ed a constatazioni non sempre esatte.

In genere il carattere e l'estensione di tali influenze non sono ancora ben conosciute. Certo è che esse possono in vario senso venir modificate, paralizzate, o rimosse con lo sviluppo dell'incivilimento. Il potere di resistenza, di reazione, o di adattamento degl'individui umani sembra a tal riguardo quasi illimitato e cresce con i mezzi, che la civiltà mette a loro disposizione.

§ 334. — I fattori antropologici si riferiscono, innanzi tutto, alle attitudini delle razze umane alla vita sociale ed allo sviluppo del diritto in ispecie. Le razze umane hanno mostrato fin ora attitudini diverse e diversa capacità all'ordinamento della vita sociale. Così le *razze nere* non si sono sapute innalzare più su di una rudimentale organizzazione di tribù e anche presso le *razze rosse* o *americane* la tribù rimane il centro della vita sociale, quantunque tali razze giungessero a formare federazioni e anche federazioni di federazioni di tribù, aventi peraltro esistenza precaria od organizzazione assai debole. Le attitudini sociali e politiche appariscono in genere più spiccate nelle razze *gialle* o *mongoliche*. Ma, queste, comprendendo una quantità di rami con caratteri assai diversi, presentano tutte le gradazioni di ordinamento politico-giuridico, dalle tribù predatrici e cacciatrici, ai vasti imperi della Cina e del Giappone. Più civili verso l'oriente, hanno quivi mostrato un grado elevato di espansione sociale e di or-

dinamento giuridico; ma lo sviluppo eccessivo dello spirito di tradizione e del sentimento di obbedienza, ha in esse immobilizzato la vita sociale a certe forme tipiche di ordinamento. Solo il Giappone ha fatto eccezione, non quale produttore di forme nuove, ma piuttosto quale importatore degli ordinamenti dei popoli più civili. Se non che l'eccezione è abbastanza recente, onde da essa e dall'altra recentissima che sembra voglia fornirci la Cina, non possiamo ancor nulla conchiudere circa le attitudini politico-giuridiche di quelle razze.

Sopra tutte le razze si è finora elevata la così detta razza bianca, impropriamente chiamata caucasica. Essa comprende i popoli più civili, ma i suoi diversi rami hanno mostrato attitudini disparate. Presso i popoli *semitici* lo Stato e il diritto hanno assunto carattere spiccatamente religioso; mentre il ramo indo-persiano presenta parecchi dei caratteri delle razze orientali, quindi la tendenza alla immobilità, la prevalenza della consuetudine, la disarmonia fra la vastità degli aggregati e il grado di fusione interna e d'integrazione sociale, ecc.

I popoli *ariani-europei* hanno finora occupato il primo posto nella scala dell'incivilimento e quindi hanno mostrato le più spiccate attitudini politiche e giuridiche. Fra i diversi rami, onde essi si dividono, i popoli greco-latini, al sud, ed i teutonici, al nord, hanno finora emerso sugli altri. Nei primi, sopra tutto nel gruppo latino, è stato più forte lo spirito di organizzazione e di accentramento politico e quello squisito senso pratico e giuridico, che originò il più celebre sistema di diritto. Nelle razze teutoniche si mostrò invece più vivo lo spirito di autonomia e di libertà. I moderni concetti del diritto e dello Stato sono in certo modo scaturiti dalla combinazione di queste due tendenze.

Noi non sappiamo fino a che punto queste attitudini siano modificabili; ma è indubitato che, almeno finora,

hanno esercitato un'azione notevole sul modo di concepire e di attuare il diritto.

L'esame di queste attitudini conduce naturalmente al fenomeno della trasmissione ereditaria, per cui le peculiarità fisiologiche e psichiche lentamente si organizzano negl'individui e si tramandano alle generazioni successive. Non possiamo ancora dire con precisione in che cosa questo fenomeno consista e quale ne sia la portata. Dal nostro punto di vista ha importanza in quanto può in qualche modo spiegarci il fissarsi di certi tipi di mentalità e di certe attitudini, che dànno poi una data impronta alla coscienza giuridica di un popolo e quindi al suo ordinamento giuridico-politico. Quantunque per altro non sappiamo, nè forse sapremo mai, fino a che punto questi fenomeni siano dovuti al fatto della trasmissione o a quello dell'educazione delle nuove generazioni per mezzo delle vecchie.

E a tal riguardo acquista rilievo appunto il fenomeno del succedersi delle generazioni. Qualunque sia la natura della trasmissione ereditaria, è certo che essa non è mai trasmissione integrale, poichè le nuove generazioni non sono mai una esatta riproduzione delle generazioni precedenti, ma, in maggiori o minori proporzioni, esse presentano caratteri nuovi e anche assai diversi. Non pertanto questa diversità non genera cambiamenti improvvisi e non turba il graduale processo di trasformazione delle coscienze e dei rapporti sociali, poichè le generazioni si succedono per modo da assicurare una influenza più o meno preponderante alle generazioni vecchie. Infatti, per tutto un periodo della loro esistenza le nuove generazioni sono sotto l'influenza diretta delle vecchie e solo gradatamente se ne emancipano e si mettono in grado di assumere la direttiva. E quando vi pervengono interamente, sono già mature e comincia a verificarsi in esse un certo ritorno alle vecchie maniere di pensare e di sentire,

che, alla sua volta, riesce di freno alle nuove generazioni che si avanzano. Queste lente sostituzioni imprimono un moto graduale alle trasformazioni delle convivenze, per quanto vario possa essere il processo col quale si attua.

Le influenze poi che gl'individui ricevono dall'ambiente fisico, in diversa guisa combinate con la mescolanza dei tipi etnici e con la trasmissione delle attitudini, dà origine ai varî tipi nazionali. Le nazionalità sono un prodotto storico e consistono in mescolanze etniche fissatesi in certe forme di fusione di caratteri somatici e psichici, che si trasmettono ereditariamente. Ogni nazione possiede quindi speciali caratteri psichici, che si traducono poi nelle forme del convivere, nel modo come essa sente e concepisce le esigenze della vita in comune e nei criterî di valutazione della condotta.

L'elemento nazionale nella vita del diritto è stato messo molto in rilievo dai fondatori della scuola storica, per i quali il diritto apparisce esclusivamente quale un prodotto delle condizioni di vita e della coscienza di un popolo. Con ciò essa reagiva contro le concezioni razionalistiche del diritto naturale, che riguardavano il diritto quale un fatto universale ed identico presso tutti i popoli. Le esagerazioni e le aberrazioni cui aveva dato origine tale dottrina, indussero alle esagerazioni di ordine opposto e il diritto apparve in tutto una formazione nazionale.

Le due tendenze erano entrambe esagerate, poichè davano rilievo a un lato solo del complesso fenomeno sociale e giuridico. È indubitato che vi sono caratteri comuni, essenzialmente identici nelle coscienze umane e quindi nella vita dei popoli; come vi sono caratteri specifici nella coscienza e nella vita di ciascun individuo e di ciascun popolo. Perciò il diritto deve presentare caratteri comuni, ma anche caratteri nazionali e locali. Sotto certi aspetti il carattere comune si va

accentuando nel gruppo dei popoli, che occupano un posto più elevato nella scala dell'incivilimento, poichè presso di essi, le comuni forme di cultura e l'incessante scambio delle idee e dei prodotti materiali, accomuna le esigenze e le maniere di pensare e di credere. Ma l'elemento nazionale non può sparire finchè i popoli conservano una propria individualità di vita, di sviluppo e una coscienza del proprio essere.

Si capisce poi che i due elementi si combinino in vario modo e con varia prevalenza nelle diverse branche del diritto. Così, l'elemento universale tende a prevalere nel diritto internazionale e nel commercio, in forza dello scopo che in queste branche il diritto si propone e per l'estensione che quivi assume il rapporto. Ciò avviene in parte anche nel diritto privato per il massimo di semplicità delle esigenze e quindi dei rapporti, che esso regola, per cui meno risente il variare delle condizioni e degli ambienti. Questo concorda con quello che dicemmo intorno alla generalità della norma. Quando invece il rapporto dipende da condizioni di esistenza assai complesse e legate strettamente con l'ambiente in cui si forma, l'elemento nazionale assume prevalenza marcata, come vediamo accadere nel diritto costituzionale o nel diritto amministrativo, ecc.

Qui siamo naturalmente condotti nel dominio dei fattori psichici e sociali.

§ 335. — Come abbiamo già notato, il vero fattore delle trasformazioni del diritto risiede nelle coscienze, o per meglio dire, è da esse costituito, poichè da esse derivano, sia i bisogni, i desiderî, le aspirazioni, che inducono a mutare le condizioni di esistenza; sia i criterî in base ai quali vengono valutate. Tanto le esigenze della vita in comune, quanto l'apparato regolatore, sono un prodotto delle coscienze.

Ora due sono i modi con i quali le coscienze operano a produrre tali effetti e di essi abbiamo dovuto discor-

rerne in più di un'occasione, perchè s'incontrano in tutti i dominî della vita sociale e conseguentemente in tutte le manifestazioni del diritto. Essi sono la credenza e la ripetizione; due fatti che in certo modo si presuppongono e si integrano. Come sappiamo, la credenza congiunge, sintetizza, come in un sol fascio tutte le potenze dello spirito di ciascun individuo, e lega in un sol tutto le coscienze di un intero aggregato. Ma le credenze si determinano o si rinforzano con un processo più o meno lungo di ripetizioni, le quali valgono, in certo modo, ad avvicinare ed a fondere i diversi elementi psichici in seno di ciascuna coscienza o le diverse coscienze fra di loro, e quindi a fissare le credenze o i loro prodotti. Sicchè la ripetizione non opera per sè stessa, ma opera in quanto fornisce alla credenza il mezzo di rinforzarsi o di fissarsi. Non è una causa, è un'occasione, ma un'occasione spesso indispensabile allorchè si tratta, sopra tutto, di rapporti che devono reciprocamente adattarsi o fissarsi in un dato modo, o di norme che devono regolare intere collettività.

Le condizioni di fatto devono adunque stimolare credenze per potere agire sull'apparato regolatore e i criterî di valutazione devono tradursi in credenze generali per potere trasformarsi in norme o dare origine a norme regolatrici di rapporti sociali. Non basta che certe condizioni di fatto esistano, è necessario che siano credute in quel dato modo perchè la coscienza giuridica si muova e gli organi del potere s'inducano a regolarle. Non basta che certi criterî siano considerati giusti da uno o da pochi, è necessario che siano creduti giusti da molti e che il convincimento intorno alla loro giustizia si diffonda e s'intensifichi, perchè essi diventino produttori di effetti sociali e di ordinamenti giuridici.

Costituendo le credenze come i punti di riferimento e di concentrazione della energia psichica e come i veicoli di cui questa si serve per generare i suoi effetti

sociali, si capisce che gli elementi psichici riescono ad operare sulle condizioni di fatto di un aggregato o a riempire di nuovo contenuto la coscienza giuridica, solo in quanto pervengono ad operare sulle credenze o a generare credenze nuove comunemente accettate. Così, le teoriche scientifiche, le dottrine filosofiche ecc., agiscono sulla convivenza allorchè si trasformano in credenze o riescono a generarne. I così detti principi democratici (ad esempio) che esercitano ora tanta influenza sulle forme della vita sociale e sull'ordinamento dei rapporti giuridici, sono dovuti all'opera di credenze generalmente accettate. Così ancora, il socialismo cominciò a generare effetti duraturi sull'ordinamento giuridico, allorchè divenne credenza indiscussa di masse. Tante idee poterono esercitare un'azione potente solo allorchè furono messe in servizio di credenze religiose, politiche, umanitarie e via discorrendo.

Come abbiamo già notato, il bisogno di credenze diventa più impellente e l'azione di queste più indispensabile col progresso della divisione del lavoro; poichè la divisione suppone vincoli, che impediscano possibilmente le dispersioni, le divergenze e i contrasti e questi vincoli sono a preferenza costituiti da credenze comuni, non potendo basarsi sopra i freddi ragionamenti, che tanto meno riescono a convincere, quanto più le competenze sono disparate. Perciò che oggi si nota un certo disequilibrio nella vita sociale. Il progresso della divisione non ha proceduto di pari passo con la formazione di forti credenze unificatrici. Questo spiega anche, almeno in parte, la reazione che nel dominio filosofico tende ora a prodursi verso l'idealismo. Lasciando ora stare ogni altra considerazione, è indubitato che le dottrine materialiste o positiviste non permettono le credenze forti e, sopra tutto, le credenze unitarie, mentre l'idealismo è base di credenze e alimenta e sublima le tendenze a credere.

§ 336. — Numerosi e complessi sono poi i fattori sociali e così legati e interdipendenti che non è possibile una determinazione specifica dei loro caratteri e dei loro effetti, onde l'espressione di *fattori* diventa per essi ancor meno appropriata. Dovrebbe parlarsi piuttosto di elementi costitutivi della vita sociale.

Fra questi ha una importanza precipua la guerra. L'azione che essa esercitò sulla formazione del diritto e dello Stato già la indica quale causa potente di trasformazione del diritto. Infatti tutti i grandi cambiamenti nella storia del diritto sono stati preceduti o addirittura promossi dalle guerre o si trovano con esse in qualche relazione diretta o indiretta. Noi non possiamo prevedere se questo sia una causa permanente, o sia semplicemente una condizione transitoria propria di certi stadî di sviluppo, come ritengono i pacifisti. Noi qui constatiamo, non facciamo profezie. Notiamo soltanto questo fatto caratteristico, che mentre la lotta interna ha promosso le condizioni, che resero necessario il diritto interno, così la lotta fra gli Stati ha promosso quelle condizioni, che resero necessario il diritto internazionale. Agli occhi dell'osservatore superficiale potrebbe sembrare che il diritto sia un prodotto della lotta in tutte le sue manifestazioni. Ma, quel che abbiamo notato a proposito del conflitto degl'interessi in ispecie, possiamo ripetere a proposito della guerra in genere. Essa è cioè un'occasione, un mezzo, uno stimolo, per il nascimento, per la difesa e per le trasformazioni del diritto e non una vera causa di esse.

Accanto alla guerra bisogna mettere le migrazioni, nella doppia corrente di emigrazioni e di immigrazioni, anche perchè molte volte la guerra ne è la causa o la conseguenza. Le migrazioni contribuiscono potentemente a spostare le condizioni di fatto e quindi il modo di pensare e di sentire intorno al diritto. Esse infatti provocano le sovrapposizioni o le fusioni di popoli o quei

contatti permanenti, dai quali risultano nuove esigenze e anche nuovi criterî di valutazione e quindi nuove norme di condotta sociale.

Una fonte ricchissima di effetti per l'apparato regolatore è la struttura economica, la quale, alla sua volta, ne è anche la conseguenza. Perchè la cooperazione umana raggiunga un certo sviluppo, occorre che una certa sostanza economica si sia accumulata, tanto da assicurare per un dato tempo le condizioni di esistenza. Così i popoli predatori, cacciatori, pescatori, che vivono un'esistenza precaria, non possono raggiungere che un apparato regolatore assai semplice e rozzo. Col passaggio alla vita pastorale cominciano ad apparire le forme stabili di subordinazione; ma è con la vita agricola che si determinano le forme di cooperazione più stabili e si sente più vivo il bisogno di un apparato regolatore progredito. Si può dire che solo nello stato agricolo il diritto comincia ad acquistare la pienezza dei suoi caratteri specifici.

Lasciando tutte le complicate influenze che possono derivare dagli stadî economici più evoluti, è indubitato che ogni sviluppo della struttura economica provoca nuove trasformazioni nella vita del diritto e viceversa, ogni modificazione nell'ordinamento giuridico si riflette sulle condizioni della vita economica. Basta citare le trasformazioni che hanno provocato nel diritto moderno i cambiamenti avvenuti nelle forme e nella tecnica della produzione, come anche nel meccanismo e nell'attività degli scambi.

Ma uno dei fattori sociali più notevoli è anche la religione, causa feconda di creazione e di spostamento nelle condizioni di fatto, di fusione e di orientamento nelle coscienze. La religione è la prima e più notevole estrinsecazione del bisogno di credere, proprio della coscienza umana, onde essa dispiega una potenza straordinaria di coesione e di subordinazione sociale e da

epoche remote formò la base dell'apparato regolatore. Essa contribuì quindi potentemente a sviluppare o a rinforzare nelle coscienze lo spirito del dovere, della subordinazione e della disciplina, conferendo alle sanzioni una forza educatrice e plasmatrice della volontà. Le credenze religiose sono credenze centrali, dalle quali irradiano influssi di vario genere sulle altre credenze, e alle quali queste tendono più o meno a convergere. Tali caratteristiche in processo di tempo si modificano, o si attenuano, ma non spariscono e possono sempre risorgere nei periodi di credenza. Se il diritto nel suo lento processo di specificazione si laicizza, ciò non significa che esso si sottragga del tutto all'influenza che le credenze religiose possono esercitare, sia determinando condizioni di fatto che vogliono esser regolate giuridicamente, sia anche promuovendo nuovi orientamenti, nelle stesse idealità giuridiche.

CAPITOLO XIV

Le spiegazioni monistiche.

§ 337. — Quantunque siano così numerosi e complessi gli elementi che contribuiscono alla formazione e alla trasformazione delle convivenze in genere e del diritto in ispecie, pure, in tutte le epoche alquanto evolute si è, più o meno, manifestata la tendenza a ricercare una spiegazione monistica dei fatti sociali e quindi a ricondurre ad un solo fenomeno, ed una sola causa, tutti

quei fatti. Questa tendenza è un effetto della esigenza sintetica del nostro spirito, che vuole semplificare e unificare i fenomeni, per meglio abbracciarli e dominarli e viene poi nel dominio dei fatti sociali stimolata dalla stessa complessità, che quivi assume il fenomeno. Ma i tentativi di questo genere dovevano quivi riuscire infruttuosi e anti-scientifici. Essi furono suggeriti dalle credenze dominanti. In ogni epoca storica infatti le credenze dominanti spontaneamente diventano centro di riferimento e d'irradiazione delle idee e dei sentimenti intorno alla vita sociale; e non sì tosto lo sviluppo delle coscienze fa sentire il bisogno di una spiegazione, è a tali credenze che si domanda. Naturalmente le credenze non sono mai sorde a tali appelli. E così nell'antica Grecia le prime spiegazioni intorno alla natura e alle leggi di natura suggerirono le prime concezioni naturalistiche del diritto, come in genere di tutti i fenomeni sociali; mentre, quando la speculazione si portò sulla coscienza, la società con le sue varie classi venne concepita ad immagine delle facoltà dell'anima (Platone). Lo sviluppo delle dottrine politiche indusse poi a vedere nel fenomeno politico l'elemento centrale di tutti i fatti sociali. Nel medio-evo l'elemento religioso prese il sopravvento e perciò il fatto sociale diventa il prodotto della volontà divina e una preparazione alla vita di oltre tomba. E via discorrendo.

Ma fra le spiegazioni monistiche vere e proprie, fatte con l'intento pienamente cosciente di ricondurre tutti i fenomeni sociali ad una causa unica, due dobbiamo indicarne, sorte nel passato secolo, e cioè l'intellettualistica del Comte e la materialistica del Marx.

§ 338. — La teoria del Comte è in connessione col grande sviluppo che presero nel passato secolo le scienze e i metodi positivi nella ricerca scientifica e anche con le reazioni contro le teorie metafisiche della rivoluzione. Per il Comte il motore ultimo di tutte le trasformazioni

nel dominio della scienza e della vita è l'intelligenza. Nel suo sviluppo a traverso la storia l'intelligenza passa per tre stati caratteristici: lo stato teologico, il metafisico e il positivo. Il passaggio dall'uno all'altro stato costituisce la famosa *legge dei tre stati*. Nel primo stato tutti i fenomeni del cosmo vengono considerati quali un prodotto del volere divino; nel secondo, vengono spiegati per mezzo di entità astratte create dalla nostra mente; nel terzo, vengono spiegati per mezzo dell'osservazione e dell'esperienza. Anche i fenomeni della vita sociale rifletterebbero questi tre tipi di spiegazione del cosmo.

Qui non è il caso di procedere ad un'esame critico della dottrina già fatto da tanti e sotto diversi punti di vista, a noi basta constatare il suo carattere unilaterale e la sua insufficienza rispetto ai fatti che più direttamente ci riguardano. E prima di tutto occorre notare che la nostra coscienza è qualche cosa di molto più complesso di ciò che apparisce negli schematismi del Comte, e il mondo non è governato dalle sole idee, e neppure dai soli sentimenti, come voleva lo Spencer. Se la storia si potesse svolgere per opera delle sole idee, dovrebbe assumere un carattere puramente logico, mentre sappiamo che essa è piena di contraddizioni.

Non è poi neppur vero che quei tre metodi di filosofare esistano in modo così schematico nella nostra mente e si succedano rigorosamente nel modo indicato, nè che la metafisica sia quella cosa semplicistica, a cui il Comte la riduce. Solo in un periodo d'indebolimento del pensiero filosofico si può pensare che la filosofia debba ridursi all'osservazione ed all'esperienza fondate sulla realtà constatabile con i sensi.

Ma lasciando da parte queste considerazioni di ordine generale e rimanendo nel nostro proprio campo, dobbiamo ricordare che il diritto è innanzi tutto un prodotto della volontà e perciò alla diretta dipendenza di

tutti quei fatti che operano a determinare e a sviluppare il volere, o lo inducono ad estrinsecarsi in un modo piuttosto che in un altro. Onde, non la sola intelligenza, ma le passioni, gl'interessi, le esigenze della vita hanno in questo campo un'influenza di prim'ordine, che non può essere debitamente valutata se non nel complesso degli elementi che agiscono in un dato ambiente. Le formule generiche, gli enunciati a base di criteri puramente intellettualistici, non spiegano nulla, perchè non ci permettono di penetrare a fondo nell'intimo meccanismo del fenomeno giuridico.

§ 339. — L'altra spiegazione monistica si presenta come tecnicamente più elaborata e con una parvenza più scientifica, poichè prende a base un fenomeno, che ha acquistato in questi ultimi tempi grande rilievo ed ha formato oggetto di profondi studî, quale è appunto il fenomeno economico; e cerca inoltre di determinare in maniera specifica, per mezzo di analisi minute ed artificiose, i vincoli di dipendenza, con i quali si troverebbero legati ad esso tutti gli altri fenomeni sociali. Questa spiegazione venne formulata dal Marx nella prefazione alla *Critica dell'economia politica* (1859) e più ampiamente svolta dai suoi seguaci, specialmente dall'Engel (1).

Secondo questa dottrina, non è la coscienza dell'uomo che determina il suo essere, ma è all'incontro il suo essere sociale che determina la sua coscienza; e il suo essere sociale è in dipendenza delle condizioni econo-

(1) **Bibliografia.** — Assai ricca è la bibliografia sui problemi suscitati dal materialismo storico. Mi limito ad indicare qui queste pubblicazioni: Labriola. *Del materialismo storico* (Roma, 1902); Gentile, *La Filosofia di Marx* (Pisa, 1899); Croce, *Materialismo storico ed economia marxista* (Palermo, 1907); Mandolfo, *Il materialismo storico di Federico Engels* (Genova, 1912); Panfilo Gentile, *Per una concezione eticogiuridica del socialismo* (Bologna, 1913); Seligman, *The economic interpret. of history* (New York, 1902). In parecchi di questi scritti il lettore troverà numerose indicazioni di altri lavori.

miche, le quali, per quanto possano subire l'influenza delle altre condizioni, sono, in ultima analisi, le cause decisive e costituiscono come il filo conduttore, che attraversa tutta la storia e ne guida l'intendimento. Sicchè il fenomeno economico è il fenomeno fondamentale, dal quale in certo modo irradiano e dipendono tutti gli altri fenomeni della convivenza. Secondo questa dottrina non si potrebbe neppur parlare di fattori, poichè nella vita sociale si tratta sempre in fondo delle manifestazioni di un fenomeno solo. Ed è questo poi che fatalmente genera tutti gli altri fenomeni, o in modo diretto, o provocando nelle convivenze una lotta di classe, dalla quale poi dipende tutto l'assetto della vita sociale.

Non è il caso di occuparci più oltre della lotta di classe, avendone già discorso, per cui ci occuperemo della dottrina generica del materialismo storico, premettendo un'osservazione generale, che si connette a ciò che abbiamo osservato precedentemente. Abbiamo notato che i fenomeni delle convivenze umane sono fra di loro così interdipendenti, che non è possibile parlare di veri fattori della vita sociale e delle sue trasformazioni. Da qui due conseguenze: la prima, che da questo fatto possono derivare illusioni che alimentano o suggeriscono le spiegazioni monistiche; la seconda (in contrasto con la prima) è che questo fatto è già per sè stesso uno dei più validi argomenti per l'insostenibilità di tali spiegazioni. Quando appunto si ha che fare con un insieme di fenomeni strettamente legati e interdipendenti, qualunque di essi può scambiarsi per il fenomeno fondamentale, da cui gli altri dovrebbero dipendere. Come avviene per certe figure costruite in modo che, secondo lo sguardo si porta con attenzione su di una parte o sull'altra, la figura cambia di aspetto; così avviene per i fenomeni della convivenza. Secondo il punto di vista dal quale si considerano e i preconcetti,

i desiderî, le credenze, da cui si parte, possono presentare una disposizione diversa e far riguardare come fondamentale questo o quell'altro genere di fatti. Ciò dovrebbe mettere in guardia contro le spiegazioni, che credono poter tutti condurre i fenomeni sociali ad una sola causa.

§ 340. — Dopo quest'osservazione di carattere pregiudiziale, entriamo nell'esame della teoria.

Perchè il fenomeno economico, e non importa poi il modo come lo si voglia intendere, possa essere preso a base di spiegazione degli altri fenomeni e perciò anche di quello giuridico, dovrebbe essere un fenomeno primordiale e il più semplice di tutti. Ora, non occorre un profondo discernimento per comprendere che esso, anche nelle sue manifestazioni più rudimentali, non può concepirsi se non quale un prodotto derivato dalla coscienza umana in connessione con certe manifestazioni fisiologiche o con certe condizioni dell'ambiente esterno. Prendiamo, ad esempio, il fatto della produzione. Una data forma di produzione non sorge per creazione spontanea ed improvvisa; essa è sempre la risultante di alcune esigenze, che stimolano la volontà a provvedere ai bisogni del nutrimento e della conservazione; a certe condizioni di sviluppo della mente, e a certe date condizioni dell'ambiente fisico e sociale. Se uno di questi elementi non esiste o non opera, o pure opera in modo diverso, il fenomeno della produzione non sorge o non sorge in quella data maniera.

Dai sostenitori di queste dottrine si parla della tecnica della produzione e di gradi della produzione o di forme di appropriazione della terra come di fenomeni autonomi e automatici, che si svolgano per forza propria, mentre essi sono fenomeni derivati e prodotti da cause eminentemente complesse; tanto più complesse, quanto più le convivenze hanno raggiunto un grado elevato di sviluppo. Quante cause non hanno influito a deter-

minare la tecnica moderna della produzione? Abbiamo l'invenzione delle macchine, lo sviluppo dei mezzi di comunicazione, l'accentramento dei capitali, le trasformazioni compiutesi nelle idee, nei sentimenti, nelle esigenze della vita ecc. Nemmeno uno di questi elementi è stato primordiale o esclusivamente derivato, ma tutti più o meno sono stati interdipendenti e hanno operato modificandosi, stimolandosi reciprocamente, combinandosi in varia maniera. È puramente arbitrario prendere uno di questi elementi e presentarlo come fondamentale.

Il fenomeno adunque che dovrebbe costituire la base e la spiegazione di tutti gli altri fenomeni sociali, è esso stesso un fenomeno derivato, che deve essere, alla sua volta, spiegato in funzione degli altri fenomeni. E non potrebbe essere diversamente, poichè il fenomeno economico è fatto dagli uomini ed è quindi innanzi tutto un prodotto delle coscienze, le quali, come sappiamo, non sono semplici riflessi di condizioni esterne, ma centri autonomi di attività psichica. Non è l'essere sociale che crea la coscienza, poichè l'essere sociale è un'astrazione, la quale non prende consistenza se non nelle singole coscienze e opera per mezzo di esse. Ma sono appunto le coscienze che fanno la società, reagendo le une sulle altre.

Ora, nelle coscienze non opera il solo bisogno economico, ma operano bisogni di vario genere. Si potrà opporre che il bisogno economico è primo a nascere e costituisce come il presupposto di tutti gli altri, perchè l'uomo ha innanzi tutto bisogno di sostentarsi. Ma una priorità di tempo, dato che essa vi sia, non può essere confusa con un nesso causale o con un principio di spiegazione. Se il bisogno economico è il primo a sorgere, ciò non significa che tutti gli altri fenomeni derivino o siano guidati dal bisogno economico; e se non ne derivano, si capisce come in vario modo possano

reagire su di esso e rendersi da esso indipendenti o mettersi con esso in contrasto. Il presupposto del bisogno economico ci può condurre solo alla spiegazione del fenomeno economico, ma non ci autorizza ad uscire dall'àmbito dei fenomeni di questa categoria.

Questo è del resto il metodo di riduzione che seguono nel dominio delle ricerche sociologiche quegli scienziati che vogliono studiare con criterii rigorosi una data zona dell'umana attività. Essi partono da una data categoria di bisogni, dal presupposto di un *homo aeconomicus*, o *ethicus*, o *politicus* e cercano di dedurre le azioni e i rapporti che potrebbero derivare da quel principio se l'uomo non fosse mosso che da quella sola categoria di bisogni. Essi non pretendono di dare una spiegazione del fatto sociale sulla base di quella sola categoria di bisogni; ma semplicemente indicare come quel fenomeno si comporterebbe, se solo quella data categoria di moventi potesse operare sulle coscienze umane, indipendentemente da tutte le altre. E come nella realtà questo non accade, così quelli scienziati sanno che le loro deduzioni possono valere solo quali indicazioni di tendenze. Tale è il metodo scientifico e l'unico modo per applicare la deduzione in un dominio di casi complessi. La dottrina che critichiamo adotta invece un metodo errato e perciò ci dà una costruzione del tutto arbitraria della struttura e della dinamica dei fenomeni sociali.

§ 341. — Ciò risulta chiaramente allorchè cerchiamo nella storia la conferma induttiva. La storia, infatti, studiata obiettivamente, non conferma i presupposti di quella dottrina. Vediamo infatti che gli spostamenti nelle condizioni economiche accompagnano le grandi trasformazioni sociali, ma non le cagionano da soli, nè possono spiegarle se non allorquando si considerano come operanti insieme con altre cause. Così, per citare qualche esempio, non potremmo trovare nel solo fattore

economico la spiegazione della storia di Roma, se insieme con l'elemento economico, non prendessimo in considerazione le tendenze della razza, lo spirito pratico di quel popolo, i luoghi, in cui esso potè svolgere la sua attività, le popolazioni con le quali si trovò in contatto, l'influenza della civiltà greca, e via discorrendo. Se solo alcuni di questi elementi fossero stati diversi o si fossero svolti diversamente, quella storia si sarebbe svolta in ben altra manieria. E così, senza l'influenza del cristianesimo, del germanesimo, dell'idea dell'impero e degli avanzi della civiltà romana, non ci potremmo spiegare e non potremmo comprendere la storia del medio-evo. Le crociate non si sarebbero prodotte senza l'influenza dell'elemento religioso. Certo, fattori economici operarono potentemente sulla produzione di quel fenomeno straordinario, ma senza l'elemento religioso non si sarebbe verificato, o almeno, non si sarebbe verificato a quel modo.

Parimenti, tutto quel movimento d'idee e di sentimenti, tutto quel nuovo modo di concepire la vita, la società e il cosmo, quello sviluppo della letteratura e dell'arte, che si delinea alla fine del medio-evo e raggiunge il suo apice nel Rinascimento, in che modo può essere spiegato col solo fatto economico? Come questo elemento può, da solo, renderci conto del risorgere del platonismo, del ritorno all'arte antica e alle antiche letterature, dell'arte di Raffaello e di Michelangelo, del naturalismo di Telesio, del panteismo mistico di Bruno e di tutti quegli altri fatti, che accennano a una emancipazione dello spirito e alla formazione di una nuova èra nella storia dell'incivilimento?

È inutile moltiplicare gli esempi, la storia umana ci mostra sempre l'azione multiforme di cause numerose, che furono alla loro volta effetto di altre cause o vennero poi modificate dai loro stessi effetti. In tali condizioni non si può parlare neppur di un filo con-

duttore, che guidi nella interpretazione della storia, poichè, dove molteplici sono le cause che agiscono, il filo conduttore non può essere uno solo, e chi di un solo filo si serve, riesce a sformare la realtà per farla rispondere alle proprie teorie.

§ 342. — Mostrando che questa dottrina non vale a spiegare il fenomeno sociale in genere, abbiamo implicitamente riconosciuto che essa non può neppure renderci conto del fenomeno giuridico, non ostante che il diritto abbia in molte sue parti un contenuto economico e regoli rapporti di carattere puramente economico.

Prima di tutto, questa dottrina non ci può spiegare come si determina nel diritto l'elemento formale, che si presenta con i caratteri dell'impero e della logicità. Il comando giuridico proviene dalle coscienze e si costituisce, non soltanto per mezzo d'impulsi utilitari, ma sopra tutto per opera d'impulsi etici. Anzi il principio essenzialmente regolatore del diritto, è il principio di giustizia. Ora sappiamo che il principio di giustizia è per sua natura un principio universale, mentre l'elemento economico è un fatto essenzialmente particolare e variabile e perciò produttore di conflitti molteplici in seno dell'aggregato. Come può da un fatto particolare sorgere un principio universale la teoria non ci spiega, nè può spiegarci. Che l'elemento economico possa con i suoi vari atteggiamenti, con le sue molteplici trasformazioni, riempire, diciamo così, di contenuto diverso, il principio di giustizia e stimolare la formazione di quelle sintesi, onde scaturiscono le idealità giuridiche e quindi il diritto, non vi è dubbio; ma da solo non può crearle nè spiegarle. Esso potrà spiegarci, fino ad un certo punto, le accidentali caratteristiche, di cui il diritto si è rivestito in questa o in quell'altra epoca storica, ma non il comando giuridico nella sua essenza.

Oltre a ciò, vi è tutta una logica del diritto, la quale

si svolge secondo certe forme proprie della nostra coscienza o secondo certi criterii, che essa pone e in forza dei quali ogni rapporto, ogni istituto, si muove e trasforma necessariamente in un dato modo. Il diritto romano ci presenta esempi mirabili della logica che il diritto segue nel suo sviluppo. Questa logica dipende dalla conformazione propria della nostra mente, dal modo come il nostro spirito funziona e non può quindi dipendere dall'elemento economico. Se in questo caso speciale la logica dipendesse dall'elemento economico, non si capisce perchè non dovrebbe dipenderne in tutto; ma la logica in funzione dell'elemento economico sarebbe un assurdo.

Il materialismo storico non può adunque renderci conto dell'elemento formale del diritto, il che significa che non può spiegarci il diritto nei suoi caratteri essenziali. Ma esso non perviene a renderci conto neppure di tutto il contenuto del diritto, poichè il diritto è chiamato a regolare rapporti che non sono tutti di carattere economico *strictu sensu*, e il suo contenuto si determina anche per opera di elementi emotivi, che non hanno nulla che vedere col fatto economico. Le trasformazioni, ed esempio, che subiscono e fanno subire al contenuto del diritto i sentimenti della personalità, di simpatia ecc., non si possono spiegare soltanto con le trasformazioni del fatto economico.

Dobbiamo dunque conchiudere che le trasformazioni del diritto non si possono spiegare con l'azione di una sola causa. Fenomeno essenzialmente psico-sociale, il diritto è in connessione, per un vincolo di reciproca dipendenza, con tutte le cause che operano nella vita delle coscienze e in quella degli aggregati e mettono capo alla coscienza giuridica e a tutte le condizioni di fatto delle società umane.

CAPITOLO XV

L'evoluzione del diritto.

§ 343. — Il diritto è adunque soggetto a un processo di trasformazione come tutti i fatti della coscienza e della vita sociale. Queste trasformazioni possono essere lente, impercettibili, in modo da dare l'impressione e l'illusione della stabilità; possono essere invece assai celeri e rilevanti, in modo da dare l'impressione della mutabilità perpetua. Si è per questo parlato di diritto immutabile e di un diritto che si evolve. Ma la differenza è solo di grado; le impressioni e le esperienze limitate non ci devono trarre in inganno. Anche in quei popoli, presso i quali sembra cristallizzato, il diritto si muove, quantunque con moto assai lento. Le osservazioni fatte a grandi intervalli di tempo, lo provano.

Ma dobbiamo distinguere le semplici trasformazioni dalla evoluzione progressiva. Le prime sono cambiamenti senz'altro; la seconda implica invece cambiamenti che si compiono secondo una data direttiva, in conformità di certe tendenze, che la nostra mente può determinare per i suoi fini pratici. Per comprendere la trasformazione basta la semplice constatazione: per comprendere l'evoluzione occorre un giudizio di valore. Evoluzione (e prendiamo la parola sempre nel significato di evoluzione progressiva) significa infatti trasformazione verso qualche cosa che abbiamo già fissato nella nostra mente come un tipo di perfezione e che ci serve di criterio per valutarla. L'evoluzione è perciò

un cambiamento del diritto verso un ideale del diritto posto dalla nostra coscienza.

Nel porre quest'ideale noi ci fondiamo, innanzi tutto, sul carattere che il diritto ha assunto nell'attuale momento storico presso i popoli più civili, ma la nostra mente va ancora più oltre e immagina un diritto che sia anche esente dai difetti e dalle disarmonie, che a noi sembrano in contrasto con la sua natura e i suoi fini, quali vengono da noi concepiti. Insomma, partendo dal presente e dalla storia passata, ci foggiamo, basandoci sui nostri ideali etici, una credenza intorno a ciò che il diritto dovrebbe essere e questa credenza prendiamo a base dei nostri giudizi intorno al valore dei cambiamenti, che nel diritto si producono.

Ma tali credenze sono esse conformi alla realtà? Noi dobbiamo ritenere di sì, perchè l'umanità che ha progredito, si è regolata sempre per mezzo di tali credenze, ed è per opera di esse, che si è avvicinata al grado di sviluppo, che consideriamo superiore, in quanto ci permette una vita più piena, più completa, più solidale, e più in armonia col nostro principio di giustizia. E inoltre, tali credenze s'impongono alla nostra coscienza, poichè sono in certo modo insite nella nostra stessa struttura mentale, le tendenze che ad esse conducono e perchè l'attività del nostro spirito si svolge verso fini di ordine sempre più elevato, che pur adeguandosi all'ordine causale, lo superano e perciò riescono a dominarlo e a dirigerlo. Il nostro ordine di fini è anch'esso una parte della realtà e in questo senso noi tendiamo a un ideale di perfezione e ci sentiamo indotti a lottare per avvicinarci ad esso gradatamente.

§ 344. — Se ora guardiamo alle trasformazioni del diritto con questo criterio, troviamo che i popoli che compongono l'umanità, possono dividersi in due gruppi. In un gruppo, di gran lunga più numeroso, le trasformazioni non hanno seguito quella direttiva, se non in

modo insensibile o assai imperfetto; mentre in un gruppo assai ristretto le trasformazioni si sono svolte in maniera, da avvicinarsi chiaramente al nostro ideale di progresso. Sicchè nella storia dell'umanità il progresso apparisce quale una eccezione; ma è un'eccezione che acquista valore di regola di fronte alle profonde aspirazioni delle nostre coscienze. E perciò vogliamo conoscere in che modo questo progresso si è compiuto e si compie e secondo quali leggi.

Ad evitare equivoci, diciamo subito che la parola *legge* ha per noi il semplice significato, di successione uniforme secondo la quale l'evoluzione progressiva si è compiuta e tende a compiersi. Sicchè la legge non è che il modo come si mostra la stessa evoluzione. Osservando infatti il piccolo gruppo dei popoli detti progressivi, dal punto di vista del fenomeno giuridico (che è quello che ci interessa) possiamo notare che lo sviluppo del diritto si è compiuto e si compie secondo certe uniformità. Queste uniformità possiamo osservarle, guardando ai fenomeni in blocco e non alle singole manifestazioni di ciascuno di essi; per cui può avvenire che, mentre lo sviluppo del diritto in genere segue quelle leggi, alcune parti possono in vario senso discostarsene.

Queste apparenti eccezioni sono il prodotto di cause, che perturbano in vario senso il regolare andamento del fenomeno. Tali cause perturbatrici sono certamente numerose nella grande complessità del fenomeno sociale. L'uniformità quindi non si rivelano se non condizionatamente, dato cioè che le condizioni fondamentali, che le rendono possibili, non vengano perturbate dall'azione di altre cause. Siccome questo non può mai accadere in modo assoluto, così le uniformità sono sempre approssimative. Per indicare con più precisione queste uniformità fenomeniche, è stato detto che esse si annunziano quali tendenze della realtà, e si rivelano in

maniera più o meno marcata, secondo che il fenomeno è più semplice o più complesso.

Trattandosi di fenomeni sociali, oltre alle cause perturbatrici di ordine obbiettivo date dalla complessità stessa, abbiamo quelle di ordine subbiettivo, date dai nostri pregiudizi e dalle nostre passioni, poichè tali fenomeni ci riguardano molto da vicino e stimolano perciò in un senso o nell'altro, il nostro interesse. Questo secondo ordine di cause svia le nostre osservazioni e i nostri giudizi e può facilmente condurci a constatazioni inesatte o completamente errate.

Dopo ciò si comprende che le leggi, di cui parliamo, non sono che certe relative uniformità, le quali riescono ad attuarsi in una certa media di casi e nelle manifestazioni più essenziali del fenomeno giuridico.

§ 345. — Ma pure intese in questo senso, queste uniformità devono necessariamente verificarsi allorchè si verificano le condizioni favorevoli. Se a parità di condizioni, non si verificassero necessariamente, non si potrebbe più parlare di costanza del fenomeno. Noi diciamo che esse hanno carattere di necessità in forza di due ordini di principii: uno di ordine esterno e l'altro di ordine interno. Il primo è costituito dall'ordine di causalità, secondo il quale la nostra mente concepisce e cerca di spiegarsi il cosmo. Quest'ordine costantemente confermato dall'esperienza, riceve dalla nostra mente quel carattere di necessità e d'immutabilità, che lo trasformano in un principio universale. Il fenomeno giuridico, facendo anch'esso parte dell'ordine causale, deve necessariamente svilupparsi in quel dato modo. Le sue uniformità sono perciò necessarie entro i limiti innanzi indicati.

Ma tali uniformità noi abbiamo potuto constatarle in base a un giudizio di valore, che attinge tutta la sua ragione di essere e tutta la sua forza da un ideale della nostra coscienza. Sicchè esse appariscono moral-

mente necessarie in forma di un principio di ordine etico, che completa quello meccanico e in certo modo lo nobilita e lo concilia con le aspirazioni della nostra coscienza. Dalla stessa forza con cui noi crediamo (e non possiamo fare a meno di credere) in un ideale, siamo irresistibilmente indotti a ritenere che quelle uniformità debbano necessariamente svolgersi nel senso indicato da quell'ideale. Onde, non soltanto una necessità di ordine materiale, ma anche una necessità di ordine etico c'induce a riconoscere quelle uniformità e anche a collaborare al loro sviluppo. L'ordine causale mette così capo in un ordine di fini, che in certo modo lo completa e lo anima. Per tal modo noi parliamo di evoluzione progressiva, di conquiste della civiltà, non solo come di necessità, che s'impongono a noi obiettivamente con una forza irresistibile dal di fuori, ma come qualche cosa ancora, a cui noi siamo obbligati a contribuire con tutte le nostre energie in conseguenza di un dovere e di una spinta che proviene dalla nostra stessa coscienza.

Se quelle uniformità sono necessarie, esse non sono poi fatali. Appunto perchè non si verificano che a parità di condizioni, esse non possono verificarsi allorchè le condizioni non sono pari; e appunto perchè si rivelano in dipendenza di certi fini dell'operare, non possono rivelarsi quando quei fini si spostano per opera della libera volontà degli uomini. Nella storia infatti osserviamo che a periodi di progresso, si sono succeduti periodi di arresto o di decadenza. Ma suole poi avvenire che, dopo un periodo di decadenza, la rinascita e il moto progressivo diventino più rapidi a causa degli elementi accumulatisi negli anteriori periodi di sviluppo e conservatisi poi con la tradizione orale e scritta e con tutti in genere i prodotti obbiettivati della civiltà. Le idealità trovano in tal caso come una doppia fonte d'energia; da una parte, i vecchi elementi

di civiltà, d'altra parte le nuove esigenze e i nuovi scopi della vita. Il progresso allora s'intensifica, acquista il carattere di un risorgimento quasi improvviso. Ma esso non è una semplice resurrezione, è qualcosa di più e di diverso, è un rinnovellamento di ordine più elevato, poichè nella storia non si hanno semplici ricorsi. La storia non si ripete, ma si rinnova continuamente, quantunque sulla base del passato.

§ 346. — Dopo ciò, possiamo dire che nell'ordine materiale vi sia progresso nelle società allorchè si determinano fra le convivenze e gl'individui, che le costituiscono, forme più complete e più estese di adattamento, per guisa da rendere possibile una maggior somma di benessere; e che nell'ordine morale, vi sia progresso allorchè possono venire soddisfatte nel modo più completo le esigenze di carattere etico, per guisa da conseguire un grado più alto di perfezionamento, in conformità dei fini umani di ordine universale.

Vi è dunque una duplice forma di progresso, una di carattere economico, utilitario; l'altra di carattere universale, etico. Queste due forme di progresso possono trovarsi fra di loro in contrasto e in molti momenti della vita sociale infatti vi si trovano, come quando, ad esempio, la prosperità economica si accompagna con la corruzione; ma possono anche rinforzarsi ed integrarsi a vicenda. Le nostre idealità più evolute ci suggeriscono appunto un progresso di quest'ultimo genere. Dove il concorso delle due forme di progresso apparisce più necessario, perchè l'attrito fra di esse diventa più intimo e più frequente, è appunto nel dominio del diritto. Il diritto infatti regola un ordine economico, e lo regola, non soltanto secondo principî economici, ma anche, e innanzi tutto secondo un principio etico. Onde, ogni progresso materiale si riflette nel diritto, come vi si riflette ogni progresso morale. Noi possiamo avere, fino a un certo punto, una morale progredita indipen-

dentemente dal progresso o regresso materiale e viceversa; ma non possiamo avere una diritto progredito nel quale non covergano le due forme di progresso. Il diritto non può bene adempiere il suo compito regolatore, se in pari tempo non si congiunge con le condizioni materiali di esistenza sociale e con le idealità etiche. Onde dobbiamo dire che vi è progresso nel diritto allorchè esso diventa più capace, non solo di procurare una maggior somma di benessere nella convivenza, ma anche d'incarnare nel miglior modo il principio di giustizia.

§ 347. — Per renderci pienamente conto dell'evoluzione del diritto, dobbiamo richiamare due tendenze che si rivelano in tutte le società progressive, tendenze alle quali abbiamo quà e là accennato, e cioè la tendenza alla espansione sociale e la tendenza alla specificazione e alla divisione del lavoro. Esse dànno origine a due corrispondenti processi nella vita sociale. Col processo di espansione, ogni individuo ed ogni gruppo d'individui è portato verso forme di aggregato sempre più vaste; col processo di specificazione, ogni individuo ed ogni gruppo è portato a sviluppare e ad affermare la propria individualità e le sue peculiarità caratteristiche. Queste due tendenze e questi corrispondenti processi si condizionano a vicenda e si completano, determinando, in ogni epoca storica ed in ogni società, la forma della convivenza e il carattere dei rapporti sociali. Si possono perciò considerare come due ordini fondamentali di uniformità sociali. Esse non sono un fatto puramente materiale esterno, dovuto ad esigenze economiche, o al solo meccanismo della vita in comune; esse sono anche e sopra tutto, un fatto dello spirito, determinato dall'ordine dei fini.

Vediamo quali sono i loro effetti. Per opera della tendenza espansiva e del processo, col quale si attua, prima, ogni individuo è portato verso l'altro individuo

nella vita del piccolo gruppo, poi, individui e gruppi sono portati verso forme di aggruppamenti più vasti, quindi sono condotti alla formazione della tribù, della città, del piccolo e del grande Stato. Il processo non si arresta con la formazione dello Stato, e si rendono, gradatamente, possibili forme specifiche di vita internazionale e poi finalmente sorge la concezione di una convivenza mondiale e si determinano gli sforzi diretti a conseguirla.

La tendenza e il processo di specificazione valgono a rompere la monotonia del gruppo primitivo, a specificare le capacità, e quindi le forme di attività, le funzioni, le classi, le condizioni sociali e generano una divisione di parti corrispondente alle attitudini, alle esigenze, alle forme di vita, rendendo possibili forme di adattamento mano mano più varie e più complesse.

Tale tendenza trova nello stesso processo espansivo il modo per farsi valere, mentre d'altra parte la regola e lo rinforza. L'isolamento infatti rende l'individualità incompleta, mentre è nella convivenza e con i contatti ripetuti che l'individualità può svilupparsi e quindi l'individuo può affermarsi di fronte agli altri individui, il gruppo di fronte agli altri gruppi, ecc. Come abbiamo più volte notato, la divisione del lavoro sociale si esplica in rapporto con la crescente connessione delle parti e ne dipende.

Ma, d'altro canto, se il processo di espansione potesse liberamente svolgersi senza limiti, senza freni e senza correttivi, esso opererebbe quale una immensa fiumana che straripa e copre tutto sotto la monotona e uniforme distesa delle acque; sparirebbe ogni peculiarità, ogni differenza e le individualità verrebbero annientate. Il processo di specificazione perciò regola e corregge il processo espansivo, rendendo possibile un crescente sviluppo di rapporti in armonia con un crescente sviluppo della individualità. E siccome lo sviluppo delle

individualità non può compirsi, se non in connessione con lo sviluppo dell'aggregato, di cui fanno parte, poichè più sono esse sviluppate come individualità (cioè nei loro lati peculiari e caratteristici) e più sentono il bisogno di completarsi reciprocamente; così, avviene che il processo di specificazione, non solo regola, ma promuove e rinforza il processo espansivo.

Queste due fondamentali tendenze con i loro rispettivi processi, operano e si combinano in vario modo nelle diverse epoche storiche: e dal modo come operano e si combinano, dipende il grado e il tipo che in ogni epoca assume lo sviluppo sociale. Siccome per un verso esse sono in antagonismo e per un altro verso si completano e si presuppongono, così può avvenire che l'una e l'altra assuma il sopravvento, generando disequilibri e disarmonie. Ma si tratta per lo più di disequilibri parziali e circoscritti, in quanto la preponderanza dell'una, può manifestarsi in certe categorie di rapporti, mentre la preponderanza dell'altra, si determina in altre forme di attività. Il sopravvento assoluto della prima, porterebbe all'annientamento completo dell'individuo e all'arresto di ogni sviluppo; mentre il sopravvento della seconda porterebbe al frazionamento delle parti, alla dispersione degl'individui e dei gruppi, quindi all'annientamento di ogni forma di unione sociale. La loro azione combinata fa sí che lo sviluppo sociale sia uno sviluppo organico, per cui mentre l'aggregato diventa sempre più solidale e compatto, le parti possono dispiegare un'attività più ricca, più completa e più proporzionale alla varietà dei caratteri, delle esigenze e delle condizioni di vita. Ne risulta così un adattamento più esteso, piú complesso e in genere più evoluto.

Ma queste due tendenze non sono due fatti puramente meccanici, esse rispondono a due profonde esigenze dello spirito, poichè la nostra coscienza, mentre

da un lato è coscienza comune in tutti gli altri uomini, da un altro è coscienza specifica in ogni singolo individuo, ha un lato universale e un lato individuale. Lo sviluppo della convivenza e in genere dell'umanità non può essere che una conseguenza dello sviluppo dei lati comuni e dei lati peculiari della coscienza. In forza della loro identità fondamentale, le coscienze sono condotte ad avvicinarsi, a comprendersi e in certo modo a compenetrarsi; in forza delle loro peculiarità, esse, sono indotte a sviluppare le individualità più varie, ma in pari tempo più complete nelle loro attitudini specifiche e meglio proporzionate alle condizioni di ciascuno. E così il progresso si rende possibile.

CAPITOLO XVI

Le forme di evoluzione del diritto.

§ 348. — Dopo questa breve incursione nella vita sociale in genere, possiamo ritornare nel dominio del diritto.

L'evoluzione del diritto s'impernia anche essa su quella duplice tendenza e non potrebbe accadere diversamente. Avendo il diritto per iscopo di regolare la convivenza e di renderla possibile, non può non riflettere le due tendenze, in forza delle quali le convivenze vivono e si sviluppano. Anzi deve sopra tutto rifletterle, poichè esso esercita appunto la sua azione regolatrice procurando una conciliazione fra l'elemento comune e

l'elemento particolare, fra l'eguaglianza e la libertà; e perchè inoltre l'istesso principio di giustizia su cui si basa, vuole sì una eguaglianza di rapporti, ma, in pari tempo, anche una eguaglianza proporzionale alla varietà di essi. Onde le due tendenze devono svolgersi e si svolgono in connessione con quel principio.

Per studiare il moto evolutivo del diritto terremo conto della solita distinzione tra la forma e il contenuto, e cominciando dal punto di vista formale, notiamo che il diritto obbedisce innanzi tutto a un moto di generalizzazione crescente, come già notammo nel parlare dei caratteri formali della norma. Nel suo processo evolutivo il diritto tende a passare dal caso singolo ai casi simili, al caso tipico; e ciò quanto più la coscienza riesce a cogliere gli elementi comuni della natura umana ed a procedere con criterî universali nelle sue concezioni e costruzioni.

A questo processo di generalizzazione s'informa il diritto obbiettivo, come quello subbiettivo, lo sviluppo delle fonti, come quello dei criteri per l'applicazione del diritto.

Il diritto obbiettivo si generalizza, non soltanto per la quantità e l'estensione dei rapporti, che abbraccia, ma anche per il numero degl'individui, ai quali si riferisce. Uscendo mano mano dal ristretto ambito del gruppo parentale, la portata della norma si estende gradatamente a gruppi più numerosi, fino ad abbracciare in genere tutti gli uomini, almeno sotto alcuni rispetti, facendo sparire a poco a poco una quantità di differenze di trattamento fra classi sociali, fra sessi, fra razze, fra i seguaci di credenze religiose diverse, ecc.

Correlativamente, il diritto subbiettivo s'ispira a criterî mano mano più larghi e tende a forzare la stessa norma positiva, obbligando il legislatore alle riforme in questo senso. Chi afferma il proprio diritto si vede gradatamente di fronte a un campo più vasto di rapporti

e di responsabilità; e mentre sente il suo potere giuridico mano mano ingrandirsi per opera delle crescenti ripercussioni dei suoi atti, percepisce d'altra parte, in modo più chiaro la dipendenza della volontà propria dal numero indeterminato di volontà, che si esplicano in armonia o in contrasto con la sua azione.

Nel dominio delle fonti, alla consuetudine ed al patto normativo ristretto a soggetti ed a rapporti determinati, succede la legge, che è la diretta espressione della volontà generale dello Stato, e il patto normativo internazionale rivolto a regolare i rapporti sempre più estesi fra gli Stati o i sudditi di essi. E tanto le leggi che i trattati, prescindono mano mano dai criterii ristretti ed egoistici di gruppi e di nazionalità per adagiarsi sopra interessi più vasti e sui principî di giustizia e di solidarietà umana.

Finalmente, anche nell'applicazione della norma, questo processo di generalizzazione si rivela con la tendenza ad assurgere dalla lettera allo spirito della legge, dalle disposizioni singole, ai principî che informano gl'istituti, ai principî generali del diritto; dalla interpretazione che si volge alla mente del legislatore, alla interpretazione che si volge agli scopi del diritto, e via discorrendo.

Per conseguenza un tal processo si riflette anche nella scienza del diritto, che, da semplice glossa, passa al commentario e poi alle costruzioni, alla formulazione dei principî, alla concezione del diritto in rapporto con gli altri fenomeni della vita.

§ 349. — Il processo di specificazione si esplica con due serie di differenziamenti, una esterna e l'altra interna. Esternamente il diritto si differenzia a poco a poco da tutte le altre norme e da tutti gli altri apparati regolatori, dalla religione, dalla morale, dal costume, come già osservammo, assumendo gradatamente le caratteristiche proprie della sua natura e della sua funzione. Internamente, il processo di differenziamento si

opera rispetto alle fonti, onde si genera, agli organi, che lo formulano e lo fanno valere, ai rapporti, che abbraccia, alla scienza che lo studia.

Rispetto alle fonti, il diritto proviene direttamente dalla coscienza collettiva allorchè è ancora in uno stato embrionale; ma a misura che assume i suoi caratteri specifici, comincia anche ad essere elaborato in maniera specifica, onde la consuetudine giuridica si differenzia gradatamente dalle abitudini sociali, il patto si stacca dai semplici accordi morali, e sorge infine la fonte caratteristica, destinata a dominare le altre fonti, cioè la legge.

La specificazione delle fonti è in istretto rapporto con la specificazione degli organi, che formulano e fanno valere il diritto, poichè il potere politico è prima confuso col potere sociale, poi mano mano se ne stacca quale potere sovrano, che a poco a poco si divide in organi incaricati di formulare il diritto, organi incaricati di applicarlo, ecc., fino ad arrivare ai complessi ordinamenti politico-giuridici degli Stati moderni.

Rispetto ai rapporti che regola, il diritto si restringe gradatamente a un contenuto sempre più rispondente alla natura dei suoi scopi e all'indole dei suoi caratteri formali, come abbiamo già notato. E a misura che si specifica nel suo proprio campo d'azione, ulteriori specificazioni si determinano corrispondentemente al carattere dei rapporti che regola, onde abbiamo le ramificazioni del diritto pubblico e privato e le loro suddivisioni in diritto internazionale, costituzionale, ecc.; o in diritto civile, commerciale, ecc. E conseguentemente si specifica anche la scienza del diritto, che studia queste varie parti.

A questo processo di differenziamento corrisponde poi, come sempre, un correlativo processo d'integrazione, che ne è, in pari tempo, causa ed effetto. Esso si compie con un graduale passaggio dai caratteri indistinti e con-

fusi, che presenta il diritto in tutte le sue parti in uno stadio primitivo, ai caratteri distinti e precisi; quindi, dai caratteri incerti ai caratteri certi; dai caratteri incoerenti a quelli coerenti e logici. E la scienza del diritto, alla sua volta, s'integra, si precisa, diventa più coerente e più armonica, a misura che il diritto, nel suo tutto e nelle sue varie parti, assume i caratteri più corrispondenti ai suoi scopi e alla sua natura; e distinta dalle altre discipline, pienamente conscia dei propri compiti, riesce più atta a promuovere nell'ordinamento giuridico lo sviluppo di quei caratteri specifici.

§ 350. — Tutti questi processi, che caratterizzano l'evoluzione del diritto dal punto di vista formale, essendo manifestazioni di un fatto unico nella sua essenza, naturalmente si corrispondono e si completano. Infatti, un differenziamento nel diritto non potrebbe prodursi, se il diritto non s'integrasse successivamente nelle sue parti e nel suo tutto, poichè differenziamento implica affermazione di caratteri peculiari, diversi da quelli di altre norme e di altri apparati regolatori; e l'affermazione di tali caratteri non è possibile, se non in quanto e a misura che l'ordinamento giuridico si organizza e si completa nel suo interno, siccome un tutto armonico e solidale di parti, che si corrispondono e fanno di esso come un sistema chiuso e per sè stante. Ma, d'altra parte, il processo d'integrazione non potrebbe compiersi, se il diritto, sviluppandosi, non riuscisse ad eliminare dal suo interno quegli elementi e quei caratteri eterogenei, che lo tengono in qualche modo confuso con le altre norme e con gli altri apparati regolatori.

Infine, quanto più il diritto si specifica, e per conseguenza, si differenzia e si integra, tanto più il comando giuridico diventa capace di fondarsi esclusivamente su quei lati dell'umana attività, che si prestano ad essere regolati in modo giuridico e quindi, di assorgere alle generalizzazioni più vaste, prescindendo da

tutte le altre molteplici manifestazioni, che la realtà presenta. Nella sua progressione ascensionale verso la concezione del caso tipico, e verso la concezione della categoria, il diritto può procedere tanto più sicuramente, quanto è meno ingombrato da elementi non giuridici.

§ 351. — In conseguenza di questi processi evolutivi, che si compiono nel dominio della forma, altri correlativamente se ne compiono nel dominio del contenuto, che rendono possibile un migliore adattamento fra contenuto e forma. Come sappiamo, il diritto non è soltanto forma logica, esso è sopra tutto regola di un determinato contenuto, per cui vero progresso nel diritto non può prodursi, se alle trasformazioni dei caratteri formali, non corrisponde una migliore adeguazione della forma al suo contenuto. Del resto, il perfezionamento dei caratteri, formali, in ultima analisi, non è che indice e conseguenza delle trasformazioni, che si operano nel dominio del contenuto. È sopra tutto il contenuto che, specificandosi, differenziandosi ed integrandosi, provoca una corrispondente specificazione e integrazione dei caratteri formali.

Sappiamo che il contenuto è costituito dalle condizioni ed esigenze della vita, che il diritto regola, dalle idealità, cui s'ispira. Ora, tanto più il diritto progredisce, quanto più risponde a quelle esigenze e si mette in armonia con quegli ideali, quanto cioè minore è il numero dei contrasti che si rivelano fra la forma e il contenuto, e maggiori é più perfezionati sono i mezzi che il diritto adopera per conciliarli. Quindi esso è tanto più progredito, allorchè l'ordinamento formale presenterà il minor numero di lacune e possederà i mezzi più adatti e più pronti per poterle colmare.

Bisogna peraltro intendersi allorchè si parla di lacune. Dal punto di vista puramente formale può esser dubbio se esistano vere e proprie lacune nell'ordinamento giuridico, poichè questo si presenta come un tutto chiuso,

che in modo diretto, positivo o in modo indiretto (lasciando nel campo del lecito e della libertà le azioni che non prende direttamente di mira) regola tutte le forme dell'attività umana (1). Ma se l'ordinamento suddetto viene considerato di fronte al suo contenuto, alle esigenze cui deve provvedere, le lacune possono essere numerose. La lacuna è allora mancanza di adattamento e perciò può manifestarsi tutte le volte che l'ordinamento giuridico non si adatta alle condizioni di fatto o non risponde alle aspirazioni delle coscienze, onde apparisce in tutte le parti, in cui ciò si verifica. Sotto questo aspetto un ordinamento giuridico è tanto più imperfetto, quanto è più lacunoso: mentre tanto più progredisce, quanto più riesce a conciliare la sua rigidità formale con la possibilità di rispondere a un numero di esigenze sempre più grandi e più varie. Questa possibilità possiamo chiamarla: *tendenza ad un adattamento più ricco e più completo del diritto alle esigenze della vita e ai suoi compiti regolatori.*

§ 352. — Quali specifiche manifestazioni di tale tendenza, o con essa in rapporto, bisogna indicare:

a) La tendenza ad una conciliazione sempre più completa in seno del diritto, dell'elemento individuale con l'elemento sociale. Essa non è che un riflesso della conciliazione che lentamente si produce fra il processo espansivo e quello di specificazione nel dominio della vita sociale, a misura che le convivenze passano dalle forme a solidarietà meccanica a quelle a solidarietà organica. Tale passaggio non può verificarsi senza che spostamenti si producano con la prevalenza parziale dell'uno o dell'altro processo nelle varie epoche di sviluppo. Sicchè, abbiamo epoche in cui la società comprime l'individuo ed epoche, in cui essa si polverizza in un in-

(1) V. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

dividualismo atomistico. Il diritto naturalmente riflette questi disequilibri. Ma le società che si sviluppano, tendono ad una conciliazione sempre più completa dei due processi, che si contrappongono solo quando ricevono uno sviluppo unilaterale; e perciò, nel diritto che progredisce deve anche manifestarsi la medesima tendenza;

b) Assai affine a questa tendenza è quell'altra che porta alla conciliazione fra l'elemento specifico del diritto e l'elemento universale di esso. Siccome il diritto può tanto più universalizzarsi, quanto più si specifica nei suoi caratteri e nei suoi compiti, poichè allora si mette sempre più in rilievo il lato universale del principio ultimo su cui si fonda, così i due elementi devono procedere d'accordo. Una prevalenza assoluta dell'uno o dell'altro genera disequilibrio o regresso. Come quando, sotto l'impulso di principî dottrinari, si determinano assimilazioni non rispondenti alla realtà, o quando, sotto l'impulso di pregiudizî di classe, di partiti, ecc., si tende a un particolarismo egoistico. Nel diritto progrediente dei popoli civili vediamo invece che la tendenza alla crescente parificazione dei rapporti simili è accompagnata dalla tendenza alla diversificazione dei rapporti dissimili, onde la parità di trattamento può conciliarsi con la proporzionale disparità di trattamento, perchè giustificate entrambe dal medesimo principio:

c) Ne discende un graduale passaggio dalle posizioni privilegiate alle posizioni funzionali, perchè, in conseguenza di queste tendenze e di questi processi, il diritto va gradatamente assegnando agl'individui, ai gruppi e anche agli organi del potere, una posizione proporzionata, non soltanto al bene dei singoli, ma anche al bene comune e quindi alla funzione che essi esercitano a vantaggio del tutto sociale. Vi è infatti privilegio quando vi è sproporzione fra la posizione e le attribuzioni, fra la condizione e i diritti, per cui vengono accordati poteri che hanno di mira esclusivamente il bene

dei singoli. Così, in un periodo poco avanzato dell'evoluzione giuridica, si parla a preferenza di privilegi; mentre in un periodo avanzato di sviluppo si parla a preferenza di attribuzioni, di competenze, di diritti e di doveri reciproci. Questo graduale passaggio è in armonia con i processi indicati e sopra tutto è conseguenza del successivo adattarsi dell'ordinamento giuridico ai veri scopi del diritto;

d) In connessione con questi fatti abbiamo anche una più generale e più cosciente partecipazione degli uomini alla formazione del loro proprio diritto. È in questo senso che può intendersi la legge del Sumner Maine circa il passaggio dallo *status* al contratto. Possiamo, infatti, osservare che, a misura che il diritto progredisce, non solo esso diventa più cosciente dei suoi scopi, ma provoca un cosciente e sempre più largo concorso alla sua costituzione da parte di coloro che devono osservarlo. Non si tratta di un passaggio dallo *status* al contratto, come diceva il Maine, poichè non si tratta di una crescente prevalenza del contratto; ma invece di un concorso diretto o indiretto alla formazione del diritto. Così sappiamo che in altre epoche il diritto veniva a preferenza formato dalla volontà di uno o di pochi, da desposti o da classi privilegiate; mentre in processo di tempo, i cittadini cominciano a partecipare alla formazione del proprio diritto per via diretta o per mezzo dei proprî rappresentanti. E si sente ora il bisogno di maggiori specificazioni che regolino tale concorso e lo rendano più effettivo; e questo diviene tanto più possibile, quanto più, col crescere della solidarietà sociale, diviene più vivo il sentimento dei comuni interessi e più impellente il bisogno della comune tutela e della pubblica pace. Ciò non significa che il diritto cessi di essere formulato da pochi, ma solo che tende a riflettere nel miglior modo le aspirazioni degl'individui e dei gruppi, i quali, per mezzo di una crescente par-

tecipazione formale (sia diretta, sia indiretta) acquistano la possibilità di far meglio conoscere e valutare le proprie esigenze.

Ma, oltre a questi generi di partecipazione formale, che non sempre riescono a raggiungere il loro scopo a causa della imperfezione degli ordinamenti; vi è la partecipazione indiretta, che si attua per mezzo della pubblica opinione, a misura che questa diventa più concorde e più potente e trova nella stampa, nella facilità di comunicazioni, nei contatti più frequenti fra i cittadini, maniere sempre più adeguate per costituirsi e per farsi valere. Si può dire che nei paesi più civili il diritto sempre più si formi e si trasformi sotto la pressione dell'opinione pubblica, che è la sentinella vigile in tutti i momenti della sua vita, dal momento della formazione della norma a quello della sua attuazione pratica nei singoli casi;

e) Le tendenze e i processi, che abbiamo finora esaminati, mirano ad un adattamento sempre più completo del diritto con le condizioni della vita. Ma, come sappiamo, il diritto è qualcosa di più che un riflesso delle condizioni di fatto; esso è anche una creazione delle coscienze, che reagisce sul fatto e vuole possibilmente modificarlo per il raggiungimento d'ideali più alti. Còmpito quindi del diritto che progredisce o è capace di progredire, è quello di regolare il presente, ma in vista di un progresso futuro, che esso vuole favorire e promuovere, determinando le condizioni, che lo rendono conseguibile, s'intende, entro i limiti della sua specifica funzione e per quanto l'indole del suo carattere formale glielo permetta. Quel che osservammo a proposito del principio di eguaglianza, va qui esteso al diritto nella totalità delle sue manifestazioni e dei suoi compiti. Perciò vediamo nel diritto, che si evolve, la tendenza a sorpassare il presente, ispirandosi ad idealità, che preludono ai progressi futuri. Il diritto, in

certo modo, si va impregnando d'idealità e vuole guidare a forme di adattamento, non solo più complete di fronte alla realtà presente, ma anche ad una realtà suggerita dalle esigenze etiche delle coscienze più progredite e cioè esso vuole, per mezzo dell'ordinamento giuridico e sempre per quanto la sua natura lo comporta, un'attuazione più completa del principio di giustizia, vivificato dai sentimenti più puri di fratellanza e di solidarietà umana.

È questa una tendenza molto delicata, che può facilmente degenerare e condurre al dottrinarismo, allorchè le aberrazioni subbiettive di pochi si sostituiscono alle profonde aspirazioni delle coscienze; o allorchè si perde di vista la realtà per andare in cerca di utopie e di sogni; mentre la tendenza a cui accenniamo è anch'essa parte della realtà, ma di una realtà più completa e più vasta, che spinge i suoi rami nelle regioni più elevate delle idee e dei sentimenti. Perciò che a questa tendenza s'ispirano tutte le riforme progressive del diritto e per opera di essa le forme più evolute dell'ordinamento giuridico riescono a trionfare su quelle meno evolute.

PARTE VIII

IL FONDAMENTO ULTIMO DEL DIRITTO

CAPITOLO I

La ricerca pratica.

SOMMARIO. — 353. Necessità e natura di tale ricerca. — 354. Divisione dei sistemi.

§ 353. — Il nostro studio sarebbe incompleto se si dovesse arrestare a questo punto, perchè il diritto non è un fenomeno uguale ai fenomeni dalla natura esterna, ma è un fatto spirituale, che proviene dalle coscienze e vuole regolare le coscienze. Non basta allora, di fronte ad esso, la semplice constatazione del fatto, delle sue manifestazioni esteriori. Quando abbiamo conosciuto quale il fenomeno è, come si manifesta, noi ci sentiamo in tal caso irresistibilmente trascinati a domandarci *come dovrebbe essere*. Vogliamo cioè valutarlo per poterlo possibilmente dirigere secondo le nostre aspirazioni. La nostra coscienza non può fare a meno di valutare quando si tratta di atti, che riguardano la nostra condotta.

Se diciamo che il progresso si compie in forza di cause naturali, che le idealità sono un prodotto storico,

noi ci presentiamo la società quale un semplice meccanismo, non teniamo conto del contributo delle coscienze. Il progresso è fatto dagli uomini, perchè sono essi che elaborano gl'ideali in forza dei quali si compie. E l'azione di quest'ideali è tanto più grande, quanto più attivo è il contributo che noi apportiamo alla loro formazione e trasformazione, quanto più intensa è la nostra credenza nel loro valore.

A questo compito la filosofia deve cooperare, anzi essa è in grado di poter cooperare in maniera eminente, costituendo la sintesi più alta del sapere e lo sforzo più elevato, che fa la nostra mente per comprendere la realtà e dominarla.

Ma non solo la filosofia in genere, anche la nostra disciplina non può escludere il problema di valutazione e quindi l'essenza e la ragione di essere del fenomeno giuridico. Come abbiamo già osservato fin da principio, la nostra disciplina rimarrebbe assai monca se dovesse limitarsi a una pura e semplice fenomenologia e già abbiamo potuto osservare nelle ricerche precedenti (sopra tutto in quelle che si riferiscono alla genesi ed alla evoluzione) che nello studio del diritto non è mai possibile arrestarsi ad una semplice constatazione; il giudizio di valore spunta quando meno ce lo aspettiamo, quasi inconsciamente, appunto perchè il diritto non può studiarsi se non quale fatto della coscienza. Esso c'interessa troppo da vicino e dove entra l'interesse, entra necessariamente la valutazione.

Unica obbiezione che ha fondamento di verità, è che la nostra è una disciplina speciale e non può contenere in sè gli elementi per risolvere il problema pratico. Ma, se si pensa alla natura che per noi deve assumere tale problema, si comprende che l'obbiezione ha un valore relativo. Certo, con la divisione del lavoro scientifico, non è possibile che ogni disciplina contenga nel proprio seno tutti gli elementi che occorrono per le

sue costruzioni; ma ciò non significa che i problemi propri di una disciplina debbano venir risolti da altre, significa soltanto che ogni disciplina deve dipendere dalle altre per alcuni elementi necessari alla soluzione dei propri problemi. Se fosse altrimenti, una divisione del lavoro scientifico non avrebbe più ragione di essere. I problemi propri ogni disciplina deve potere risolverli con i suoi criterî specifici, e se domanda ad altre discipline elementi e dati, deve poi poterli combinare per guisa da servire alle sue proprie sintesi e ai suoi propri scopi.

Così, la nostra disciplina ha certamente bisogno dei sussidi che vengono dalla politica, dalla morale, dalla filosofia in genere, ecc.; ma ciò non significa che essa deve abbandonare a queste altre discipline il problema del suo fondamento ultimo. Il diritto ha una propria forma e un proprio contenuto e presenta una specifica combinazione di forma e di contenuto, quale non si riscontra negli altri dominî di rapporti e perciò non può risolvere quel problema se non con criterî che possono essere suggeriti dalla sua specifica natura.

Si capisce poi che la ricerca intorno al fondamento ultimo del diritto sia una ricerca di ordine ideale e non ha nulla a che vedere con la determinazione della fonte positiva. Quando noi, ad esempio, abbiamo affermato che un dato principio sia conforme al criterio o al fondamento ultimo del diritto, noi non avremo con ciò affermato che quel principio faccia parte del sistema del diritto positivo. Ma d'altra parte, dal fatto che quel principio non sia incluso in un dato sistema di diritto positivo, non possiamo conchiudere che non sia in armonia col fondamento ultimo del diritto. Le due cose non hanno nulla a che vedere l'una con l'altra. Quantunque siano queste verità molto evidenti, pure bisogna notarle, perchè furono spesso trascurate. Così, ad esempio, non è molto tempo che si riteneva come decisiva contro

il diritto naturale l'affermazione che esso non è diritto positivo (1).

§ 354. — La ricerca pratica è dunque imposta da una esigenza propria del nostro spirito e perciò apparve non appena gli uomini cominciarono a ragionare sulla loro condotta. L'istesso avvenne per il diritto in specie. Quando si cominciò a meditare sul diritto, si sentì tosto il bisogno di esaminarne l'intima natura, gli scopi, la ragione di essere e di domandarsi se il diritto praticato rispondeva a tali scopi. Certo, non sempre tali domande si presentarono in maniera così netta, nè si sentì sempre assai vivo il bisogno di formularsi tali domande. Anche a tal riguardo vi è tutto uno sviluppo graduale. Esse non potevano presentarsi nelle forme embrionali della vita sociale, ma cominciarono ad apparire allorchè si determinarono i primi sviluppi delle coscienze e con essi i primi contrasti fra le esigenze il modo come venivano soddisfatte dall'ordinamento positivo. Le valutazioni si portarono prima, in blocco, sull'apparato regolatore e poi, in ispecie, sulle diverse parti di esso e quindi sul diritto.

Le soluzioni che vennero date a quelle domande furono numerose e disparate, ogni corrente di pensiero apportò, si può dire, la propria. Per il nostro scopo basta accennare le principali, quelle che costituiscono

(1) Ma, bisogna intendersi intorno alla soluzione di questo problema. Una soluzione veramente filosofica non può esser data dalla nostra scienza, poichè essa, non ostante le contrarie apparenze, si muove in un campo empirico. La soluzione filosofica può esser data soltanto dall'etica, che costituisce il vero fondamento del diritto, onde se vogliamo assorgere ad una valutazione filosofica, nel vero senso della parola, dobbiamo necessariamente entrare nel dominio dell'etica. Ciò peraltro non toglie, che oltre una soluzione filosofica, possa presentarsi come sufficiente, per il giurista, una soluzione empirica, basata su certi dati psicologici, i quali possono essere constatati, se non dimostrati, per mezzo dell'esperienza. E questa è propriamente la soluzione che noi abbiamo qui di mira, come quella che più propriamente si mantiene entro il campo del diritto.

come le pietre miliari, intorno a cui poi le altre si raggruppano. E per meglio orizzontarci, divideremo i sistemi su cui si fondano, in *esterni* ed *interni*, in quanto si basano su cause che operano sulle coscienze o pure derivano dagli stessi processi delle coscienze. Noi suddivideremo le due categorie in altri gruppi, secondo la natura specifica di quelle cause o di quei processi.

Ma avvertiamo subito che a tale divisione noi non vogliamo dare valore filosofico, essa ci deve servire come un istrumento didattico per raccappezzarci in mezzo alla varietà dei sistemi. Inoltre, essa si basa su di una cernita, che noi faremo degli elementi capitali e caratteristici di ciascun sistema, trascurando gli elementi secondari o discordanti. Pochi infatti sono i sistemi, che riescono a mantenersi del tutto puri e coerenti. La complessità della nostra coscienza e della realtà, si riflettono, più o meno nei sistemi, che ne scaturiscono. Noi, senza occuparci di tutti gli svolgimenti di ciascun sistema, cercheremo di ognuno il lato più saliente caratteristico, quello cioè che gli conferisce la propria impronta e quindi prenderemo nei caratteri più puri la soluzione, che ci offre.

Bibliografia. — K. Hildebrand, *Geschichte und System der Rechts u. Staats philosophie*; v. Raumer, *Die Geschichtl. Entwicklung der Begriffe von Staat, Recht und Politik.* (Leipz, 1861); Köstlin, *Geschichte der Ethik* (Tubingen, 1887); Wundt, *Ethik*; Lasson, *Rechtsphilosophie* Einleitung; Gierke, *Althusius* (Breslau, 1902); Bergbohm, *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie* (Leipz. 1892); Sidgwick, *Outlines of history of Ethics*; Janet, *Histoire de la science politique*; Carle, *La vita del diritto* (Torino, 1890); Vanni, *Lezioni* e *La funzione pratica della fil. del diritto;* Groppali, *Filosofia del diritto* (Milano, 1906); Bonucci, *La derogabilità del diritto naturale* (Perugia, 1911); Id., *Orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto* (Perugia, 1907); Levi, *Per un programma di fil. del diritto* (Torino, 1905); Miceli, *Filosofia del diritto internazionale* (Firenze, 1889); Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato* (Torino, 1911); Id, *La scuola del dir. naturale* (Torino, 1904); Del Vecchio, *La teoria del contratto sociale* Bologna, 1906). Per altre operé del De Vecchio, Bartolomei, ecc. vedi (innanzi.

CAPITOLO II

Sistemi che pongono il fondamento del diritto in una causa esterna.

SOMMARIO. — 355. La forza materiale. — 356. Il comando divino. — 357. Il comando umano. — 358. Il comando sociale. — 359. Il diritto naturale. — 360. I suoi tre significati.

§ 355 — Le cause esterne nelle quali si può porre ed è stato posto il fondamento del diritto sono tre: la forza materiale, il comando esterno, la natura.

Il fondamento della forza è una delle prime soluzioni che si affaccia a chi con sguardo superficiale contempla lo spettacolo che presentano le convivenze umane. Sembra, a prima vista, che i più forti vincano dovunque, che la violenza s'imponga, sia nell'interno degli Stati, sia nei loro rapporti. Per tutto vi è una gara latente o una lotta manifesta, per sopraffarsi a vicenda e in questa lotta ha sempre il sopravvento chi può dispiegare una maggior somma di energia materiale. Anche il diritto, se si vuol far valere deve ricorrere alla forza; da ciò si può esser facilmente indotti a ritenere che il diritto sia un prodotto della forza, sia cioè l'arbitrio della forza.

Questa è appunto una delle soluzioui che si presentò alla mente dei sofisti greci, allorchè essi cominciarono a domandarsi quale fosse l'essenza e la ragione di essere delle norme della condotta. Se non che, pur partendo dal fondamento della forza, le soluzioni possono essere diverse. Si può pensare che il diritto non sia se non una semplice parvenza e perciò non vi sia in realtà fra gli uomini se non un rapporto di forza; o pure si può ammettere che il diritto esista effettiva-

mente come la consacrazione della forza, quale la ragione del più forte. Si può anche pensare che il diritto sia un'invenzione dei più forti per consolidare il loro dominio nel mondo; o sia una invenzione dei più deboli per difendersi contro l'arbitrio della forza. Ma in queste ultime posizioni la forza cessa di essere il fondamento ultimo del diritto e diventa invece un istrumento o un'occasione per la formazione del diritto, il quale non avrebbe più una base esterna, ma una base interna, riposante su credenze determinate con l'artificio o con l'inganno.

Comunque sia, tutte queste soluzioni hanno un carattere troppo paradossale per potersi reggere di fronte a una riflessione alquanto matura. Esse, piuttosto che risolvere il problema, lo sopprimono, poichè la forza che è arbitrio, accidente, non può partorire il diritto, che è regola, ordine. Se dalla forza può scaturire un ordine, ciò avviene perchè l'idea e il sentimento dell'ordine preesistevano all'azione della forza o si sono creati indipendentemente da essa. L'essere poi il diritto accompagnato dalla coazione non significa che esso scaturisca dalla forza, ma semplicemente che esso si vale della forza per imporsi alle volontà recalcitranti. Ma dalla forza non può sorgere il sentimento di un dovere, sebbene quello di una necessità fisica. Nè vale opporre che al diritto non importa che la norma venga obbedita per sè stessa, poichè ciò può valere per il diritto positivo, non per il fondamento intrinseco del diritto. In quest'ultimo caso è sempre indispensabile la ricerca di una necessità morale, che non può confondersi con la costrizione esteriore. Tutto lo sviluppo della nostra coscienza si è compiuto nel senso di affermare sempre più il nostro mondo interno, di fronte alle cieche forze della natura e noi ci sentiamo tanto più sollevati in una sfera superiore, e tanto più ci sentiamo degni di essere uomini, quanto più riusciamo a lottare contro

queste forze e a rivolgerle al conseguimento dei nostri scopi.

In altri termini, la forza appartiene alla causalità esterna, il diritto appartiene invece all'ordine interno dei fini, per cui la forza non può darci un criterio di valutazione per il diritto. Ancora che la forza dominasse incontestata in tutto il mondo e il diritto positivo fosse in tutto e per tutto in balìa di essa (ipotesi, del resto, mai verificatasi), la nostra critica resterebbe sempre vera, poichè tale diritto non sarebbe diritto nella sua intrinseca natura, sarebbe semplicemente un fatto, una manifestazione della forza. La storia peraltro ci mostra che la forza materiale non ha mai dominato da sola e ha dovuto, sempre, più o meno, fare appello ad elementi di ordine morale, senza il concorso dei quali il suo regno sarebbe stato di ben corta durata.

Ciò che diciamo della forza materiale va anche ripetuto per tutte le altre forme di pressione che possono esercitarsi sulla coscienza dall'esterno, quali l'audacia, la ricchezza, ecc. Da esse può scaturire il fatto, non la natura intrinseca del diritto.

§ 356. — L'accenno a queste ultime cause esterne ci induce all'altro gruppo di teorie, quelle cioè che pongono il fondamento del diritto nel comando esterno. Esse possono dividersi in tre gruppi, secondo che il comando si considera come proveniente dalla divinità, o dai poteri costituiti, o dalla società in genere.

Quando il fondamento ultimo del diritto si pone nel comando divino, abbiamo quel gruppo di teorie che vanno col nome di *diritto divino*. Essi hanno assunto diversi aspetti, dalle rozze concezioni animistiche dei popoli primitivi, ai complicati sistemi teologici delle religioni evolute. In tutte peraltro domina il medesimo concetto fondamentale, che cioè il diritto, al pari di tutti gli altri fatti della vita e del cosmo, discende dal volere divino. Questo concetto naturalmente si presentò

in diverso modo alle coscienze e subì nella storia parecchie trasformazioni, che dovevano, a poco a poco, metterne in rilievo l'incoerenza. E una prima incoerenza doveva apparire, allorchè si cominciò a concepire la possibilità di un ordine di fini come contrapposto a un ordine esistente e ad esso superiore. Se il diritto discende dalla volontà divina, quale dei due ordini deve considerarsi come discendente da essa, quello che dà il diritto positivo o quello che induce a concepire un diritto migliore? E perchè poi la volontà divina avrebbe costituito questi due ordini? Non sarebbe stato preferibile un ordine solo, quello perfetto?

La difficoltà può essere fino a un certo punto superata dall'idea che il primo sia un prodotto della volontà umana, necessariamente imperfetta. Ma, a prescindere dalle altre difficoltà che questa soluzione, anch'essa semplicista, doveva far sorgere in seguito, altre se ne presentavano rispetto all'ordine dei fini per sè stesso considerato. Se esso non può concepirsi se non quale un ordine necessario e incondizionato, come è che può discendere da un semplice volere, e sia pure quello divino? Questo dubbio si affaccia chiaramente alla speculazione greca e Platone fa dire a Socrate (nell'*Eutifrone*) che le cose sante non sono tali perchè volute dagli dei, ma per loro stesse. Il che può valere anche per il diritto.

Ma il problema può ricevere anche un'altra soluzione più compatibile col diritto divino. Essa si presentò già nella filosofia scolastica e trovò poi in Leibnitz la sua formula definitiva. Secondo questa soluzione, il diritto, come la morale, deriverebbe, non già dalla volontà, ma dalla essenza stessa di Dio, che è necessità incondizionata ed eterna. Una tale soluzione può assumere un carattere ancor più filosofico allorchè l'essenza divina s'identifica con l'ordine del cosmo e quindi con l'ordine necessario di tutte le cose. Ma, con tutte queste

successive trasformazioni, la dottrina finisce con negare sè stessa, o con perdere la sua indipendenza, poichè, quando si deve conchiudere con ammettere che il diritto discende da un ordine necessario di cose, per la nostra ragione ha poca importanza l'affermare che tale necessità sia l'effetto di un'essenza divina o di un'essenza del mondo; tanto più che la nostra ragione limitata non potrà pervenire a conoscere la natura intrinseca di quest'essenza. Per la ragione dico, non per il sentimento e per la volontà, poichè il sentimento può provare una ben più viva soddisfazione, può trovare un alimento assai più ricco, più vigoroso e più confacente alla sua natura, in una concezione che trasporta in ordine soprannaturale i fini ultimi della condotta.

Ma noi non possiamo porre il fondamento ultimo del diritto in un prodotto del sentimento, che abbia il suo solo appoggio nelle esperienze subbiettive, quale è appunto la religione, e che muta perciò col variare di tali esperienze. Il diritto che deve regolare i rapporti umani, anche fra persone appartenenti alle religioni più disparate, non può attingere alla religione la sua ragione di essere, altrimenti sarebbe impossibile un diritto che consacri la tolleranza e la libertà dei culti. Sappiamo infatti che il diritto ha potuto progredire a misura che si è emancipato dalle credenze religiose. Con ciò non intendiamo dire che il diritto debba essere antireligioso. Qualunque sia il fondamento ultimo del diritto, esso non potrà mai sottrarsi interamente all'influsso della religione, che per sua natura tende ad avvolgere sempre tutti i problemi ultimi dell'essere e del dover essere. Quel che vogliamo qui affermare è che il fondamento del diritto deve essere di tal natura da potere sempre sussistere, qualunque sia il cambiamento delle credenze religiose e perciò può solo rinvenirsi in qualche principio o in alcune attitudini del nostro spirito di carattere necessario ed universale. Per tal modo rimane

sempre aperta ai credenti la possibilità di ritenere che tali attitudini siano state poste dalla divinità, senza che perciò esse mutino natura.

§ 357. — Alle teorie che si fondano sul diritto divino, si contrappongono quelle che si fondano sul comando umano, il quale può apparire; o quale un comando dell'autorità costituita, o quale un comando della società, in genere. Tali teorie hanno questo di comune, che sorvolano sul vero problema del fondamento ultimo del diritto e trasformano il giudizio di valutazione in un giudizio di constatazione; e ciò in vario modo e in vario grado.

Le più rigide sono quelle che fanno discendere il diritto dal comando del potere: il diritto è quello che è, perchè coloro che imperano hanno così disposto. Finchè si tratta del diritto positivo, la dottrina è esatta; ma non appena ci domandiamo quale sia la ragione di essere di questo diritto, apparisce tosto la sua insufficienza. Tutti sentiamo che il diritto positivo non è sempre giusto, che al diritto quale è si contrappone un diritto quale deve essere. Si vorrà opporre che questo secondo diritto non è diritto, ma è politica, etica, ecc.? Con ciò non si sopprime il problema del fondamento del diritto, anzi deve dirsi che si complica, poichè, come può avvenire che elementi estranei al diritto diventino diritto? Noi vediamo che le idealità giuridiche dell'oggi diventano il diritto del domani, il che significa che vi era in esse qualche cosa della natura del diritto, che non può essere creata dall'arbitrio del legislatore. Il legislatore può fare che il diritto sia, ma non può fare che sia giusto e conforme agl'interessi sociali e anche perciò l'istesso suo potere di fare il diritto positivo è limitato, poichè nessuna società può definitivamente adagiarsi su di un diritto ingiusto o contrario ai suoi interessi. Tutto ciò dimostra che vi sono nel diritto qualità intrinseche, le quali non dipendono dalla volontà del legislatore.

§ 358. — Più larghe e con apparenza più scientifica, si presentano le dottrine che pongono il fondamento del diritto nel comando sociale e ne fanno cioè il prodotto di tutta la convivenza. Il lato comune di queste dottrine è costituito dal concetto, che il diritto non proviene dalla volontà di un potere specifico; ma è un prodotto che si va lentamente maturando, e formando nella coscienza della collettività in connessione con gli altri fattori della vita sociale, con gli altri elementi della cultura; e perciò, secondo tali dottrine il suo fondamento ultimo risiederebbe nella stessa collettività. Ma l'azione della collettività viene concepita in due maniere alquanto diverse; onde si hanno a tal riguardo due sistemi, uno dei quali è quello della *scuola storica,* l'altro può essere indicato con la denominazione generica d'*indirizzo sociologico.*

La scuola storica, come sappiamo, sorge quale una reazione contro il classicismo e il dottrinismo metafisico ed è manifestazione di una tendenza comune, che si riflette nel dominio della politica, della letteratura, dell'arte e quindi anche del diritto. Essa ha il merito di aver messo in evidenza questo fatto vero, che il diritto è un fenomeno che si matura con lento processo nella coscienza della collettività, insieme con gli altri elementi, onde è costituita la vita sociale e in rapporto con essi, onde non può esser creato o mutato da un momento all'altro, secondo l'arbitrio del legislatore. E questo punto di vista doveva anche contribuire a mettere in evidenza l'elemento nazionale e particolarista del diritto, siccome abbiamo già osservato. Ma questa scuola, riducendo tutto il diritto a una fenomenologia, doveva necessariamente perdere di vista il suo fondamento ultimo e diventava così incapace di fornire un criterio di valutazione. Se il diritto è, in tutte le sue parti un prodotto storico, esso deve essere anche in tutte le sue parti un fatto relativo, quindi

non vi può essere più distinzione fra il diritto quale è, e il diritto quale dovrebbe essere. Ogni diritto è allora giusto in quanto è un prodotto storico. Non è più la nostra coscienza che determina il valore del diritto, ma è la storia, la quale è poi un'astrazione, se la si considera indipendentemente dalla coscienza che lo fanno.

Questo difetto acquista maggiore evidenza neg'indirizzi sociologici, che pretendono assumere una veste più filosofica. Essi infatti vogliono ricollegare il diritto alle leggi di causalità sociale in genere e per mezzo di esse, alle leggi della vita e del cosmo. Tali indirizzi hanno peraltro assunto varie forme e hanno dato origine a svolgimenti e ad applicazioni specifiche, più o meno diverse le une dalle altre, delle quali non possiamo tener conto in uno sguardo sintetico, quale si è quello che vogliamo fornire. Noi intendiamo qui riferirci a preferenza agli indirizzi positivistici, sia provocati sia derivati dalla filosofia di Comte e di Spencer. Essi hanno il merito di avere portato l'attenzione su due fatti importanti della vita del diritto: la genesi storica del fenomeno giuridico e le uniformità fondamentali, che presenta questo fenomeno presso tutti i popoli; ma non escono neppur essi dal dominio dalla causalità meccanica; anche per essi il diritto è il prodotto di un ordine causale. Certo il diritto non è più l'opera improvvisa o arbitraria di un legislatore, è invece il prodotto di fattori complessi; ma è sempre un fatto naturale, e quindi non può essere valutato, come non può essere valutato qualunque altro fenomeno della natura, che si svolge secondo le leggi causali immutabili. Implicitamente o esplicitamente, essi conchiudono che il fatto giuridico debba semplicemente spiegarsi, ma non si possa valutare.

Questo mostra appunto la loro insufficienza. Quando si tratta di fatti puramente materiali, la nostra mente

può rimanere soddisfatta da una semplice spiegazione; ma non quando si tratta di fatti umani, che implicano l'intervento della nostra volontà. Allora noi sentiamo di dovere operare secondo certi fini e vogliamo conoscere quali essi sono e quale è la loro ultima ragione di essere. L'ordine causale non ci dice nulla in proposito e non può dirci nulla perchè è ordine esterno. Anche quando parlano di coscienza, questi indirizzi ne parlano in un senso causale, cioè quale effetto anch'essa di un ordine immutabile di cause, onde si avvolgono in un circolo vizioso senza riuscire a spiegare in che modo certi fini universali possono sorgere nella coscienza.

§ 359. — Un ultimo indirizzo, che si connette alla causalità esterna è quella del diritto come legge di natura, nel suo significato primitivo. Il concetto di un diritto proveniente dalla natura delle cose, si presentò spontaneamente ai filosofi greci, allorchè essi dai fatti del mondo fisico portarono la loro attenzione a quelli del mondo morale. Essi non tardarono allora a percepire il contrasto fra il diritto così quale esisteva e le aspirazioni delle coscienze verso un diritto più progredito. Questo contrasto doveva apparire ancor più stridente in una società, in cui le differenze erano così numerose e così marcate, non solo fra città. Non sembrava possibile rinvenire in qual caso di rapporti un principio semplice, per rendersi conto di quel contrasto e lo si cercò al di fuori, nel dominio dei fenomeni naturali, che per primi avevano attirato la loro attenzione. Sorse così a poco a poco, nella loro mente, l'antitesi fra *fisis* e *nomos*. Il *nomos* è un prodotto dell'arbitrio umano e perciò può contenere l'arbitrio, l'abuso, l'ingiustizia: la natura (*fisis*) è invece l'ordine semplice e immutabile, sottratto all'arbitrio e alle passioni. Dall'uno scaturisce il diritto positivo, dall'altro il diritto naturale.

Una volta posta quest'antitesi, non andò più perduta per il pensiero e venne variamente svolta dalle dottrine filosofiche ed etico-giuridiche, a traverso la storia. Essa soddisfaceva in modo assai efficace alcune fondamentali tendenze dello spirito umano e non poteva perciò essere facilmente abbondanata. La natura delle cose appariva come un principio assai semplice e per giunta come qualche cosa di misterioso, di superiore e d'immutabile, sottratta agli accidenti storici e alle volontà degli uomini. Perciò si presentava quale un principio autorevole, dotato di un alto grado di obbiettività, atto a suggerire e ad alimentare le credenze, sulle quali s'impernia o può imperniarsi tutto un ordinamento di vita sociale. Per tal modo poteva acquistare e dispiegare una grande efficacia, non solo teorica, ma anche e principalmente pratica, in tutto il dominio del diritto.

A questo poi contribuiva anche la grande capacità di adattamento che sogliono possedere i principî di questo genere. Esso infatti, sia per il suo stesso carattere misterioso, sia per la molteplicità dei significati che assunse la parola *natura*, poteva essere inteso in mille modi; onde ogni corrente di pensiero, ogni esigenza nuova poteva trovare in esso un appoggio autorevole, o una veste adeguata. Così esso si accoppiò con elementi naturalistici, con elementi teologici, con elementi razionalistici, e riuscì sempre un appropriato istrumento di lotta e di demolizione, assumendo aspetti proteiformi, sotto una veste apparentemente immutata.

§ 360. — Una critica del diritto naturale non può quindi essere fatta se non si tien conto dei molteplici significati, che ha assunto nella storia delle dottrine, altrimenti colpisce a vuoto o rende impossibile una esatta valutazione delle esigenze che esso ha espresso o continua anche ad esprimere. Ora, a tre possono ri-

dursi, per ragione di esame, i significati che ha assunto il diritto naturale.

Secondo una teoria, sarebbe esso il diritto di uno stato presociale, che generalmente viene chiamato stato di natura: esso avrebbe regolato i rapporti degli uomini, prima che si fosse costituita la convivenza civile, quando gli uomini si trovavano ancora sciolti dal vincolo di obbedienza verso una qualunque autorità. Questa dottrina, più o meno vagamente connessa con i sogni dell'età dell'oro, dei paradisi terrestri, dell'innocenza primitiva, supponeva che gli uomini vivessero un tempo in uno stato di perfezione, dal quale si sarebbero a poco a poco allontanati, degenerando, per cui si rese necessaria una convivenza imperfetta; ma rimase negli animi l'aspirazione verso uno stato migliore. Da qui l'opposizione fra lo stato civile e lo stato naturale, corrispondente all'altra fra il diritto siccome è e il diritto siccome deve essere.

Questa dottrina è suggerita da una esigenza propria del nostro spirito, che c'induce a rigettare verso il passato il bene e il criterio di valutazione, perchè il passato costituisce l'accaduto abbellito dalla fantasia ed esaltato dal sentimento; mentre l'avvenire costituisce l'ignoto. Ma, appunto perchè il passato rappresenta l'accaduto, esso può fornire il fatto, non già il criterio di valutazione. Dicendo che il diritto naturale è un diritto naturale è un diritto che fu, noi constatiamo, non valutiamo. Ci troviamo di fronte a un diritto esistito o che si concepisce come esistito in un tempo; ma il semplice fatto della sua esistenza non ne prova la bontà. Il problema si sposta, non si risolve. Certo, questo supposto stato di natura è uno stato immaginario, a tal riguardo la critica può riuscire facilmente vittoriosa. Ma la questione vera non è questa. Dato pure che sia effettivamente esistito questo diritto naturale in un stadio presociale, resta sempre a conoscere quale

ne sarebbe il fondamento intrinseco. Questa specie di diritto positivo originario era quale avrebbe dovuto essere e per quale ragione?

Secondo un'altra concezione, il diritto naturale anzichè un diritto presociale, sarebbe una specie di diritto complementare, che accompagnando l'umana convivenza in tutte le sue trasformazioni quale un diritto assoluto e immutabile, vale a riempirne la lacune e a correggerne le imperfezioni od a sostituire del tutto il diritto positivo, allorchè questo, per una ragione qualunque, cessa di esistere. All'opposizione fra un diritto del presente e un diritto del passato quì si contrappongono due diverse situazioni del diritto presente, una delle quali rappresenta la giustizia, l'altro la legalità.

Ma, che cosa è questo diritto naturale immanente negli ordinamenti umani, che rimane sempre eguale a sè stesso, mentre il diritto positivo incessantemente si trasforma? Dove attinge la sua ragione di essere e che valore ha? Questo è il problema. Opporre che esso non è diritto perchè non è positivo, non significa nulla come abbiamo detto, poichè qui si cerca un diritto come deve essere, non un diritto quale è, altrimenti il giudizio di valutazione diventerebbe giudizio di constatazione. E non vale neppure opporre che non possa concepirsi un diritto assoluto e immutabile come contrapposto al diritto positivo, essendo il diritto sempre relativo alle esigenze umane, che mutano di continuo. L'elemento immutabile, anzi che nel diritto, può essere nel criterio di valutazione, il quale, dal suo lato formale almeno, si sottrae alle mutazioni della storia. Un criterio di valutazione quale è quello che cerchiamo deve pure avere una base sicura ed obbiettiva per sottrarsi all'azione degl'interessi e delle passioni; e questa base suppone appunto certi elementi di necessità e di universalità, che non possono essere dati dalla storia.

La questione vera è donde provenga il diritto così concepito. Esso si può concepire ed è stato concepito come proveniente dall'ordine naturale delle cose inteso quale ordine causale nelle sue conseguenze umane e sociali. Ma un tale ordine causale può fornire un criterio di valutazione? Basta porre la questione per comprendere che essa non possa essere risoluta se non in senso negativo. Al diritto naturale inteso in tal senso si possono opporre le stesse obbiezioni che abbiamo opposto alla scuola storica ed a quella sociologica poichè tutti questi indirizzi sostengono essere il diritto un prodotto di cause naturali, che si sviluppano ed operano indipendentemente dalla volontà degli uomini e la inducono a quelle date manifestazioni. In questo caso non si concepisce neppure in che modo a un dato momento il processo storico debba sdoppiarsi, dando un diritto naturale e un diritto positivo.

Non si può peraltro affermare con sicurezza che questo era precisamente il modo con cui concepivano il diritto naturale i suoi vecchi sostenitori. A causa del significato vago e oscillante che assunsero i concetti di *natura, ordine naturale, natura delle cose,* ecc., è probabile che la loro mente oscillasse fra questo concetto prettamente naturalistico e un concetto diverso, informato ad esigenze etiche e razionaliste, che prelude al terzo modo d'intendere il diritto naturale. È certo peraltro che il concetto naturalistico ebbe una certa preponderanza nelle dottrine più antiche. La concezione della natura, trasportata nel dominio del diritto, implica appunto un ordine causale; e a rinforzare questo concetto naturalistico contribuiva la connessione che rimane pur sempre con la prima maniera d'intendere il diritto naturale e quindi con lo stato di natura. Questi diversi modi di concepire il diritto naturale non sono nel fatto così divisi come possiamo concepirli per ragione di studio.

Ma come dicevo, a traverso i concetti naturalistici, s'insinuavano esigenze etiche e si facevano valere le nuove aspirazioni delle coscienze le quali si servivano del diritto naturale, poichè questo poteva allora conferire autorità. Così, quando Grozio vuole fondare il diritto internazionale, fa appello al diritto naturale siccome veniva allora concepito, poichè quello soltanto poteva conferire autorità alle nuove concezioni. Egli obbediva a una tendenza propria di tutte le epoche, di rivestire con le vecchie forme i nuovi ideali, fino a che essi non riescono ad affermarsi con le proprie forze.

A misura peraltro che le nuove esigenze della coscienza giuridica si affermano, mal si adagiamo entro il concetto naturalistico dell'ordine causale, onde si sente sempre più vivo il bisogno di contrapporre all'ordine causale l'ordine dei fini, ad un fondamento esterno, tratto dalla natura delle cose, un fondamento interno, tratto dalla coscienza e dalle leggi dello spirito. E con ciò s'inizia il terzo modo d'intendere il diritto naturale, un modo d'intendere quasi implicito nelle concezioni precedenti, ma che non riusciva ad estrinsecarsi, sia per difetto d'analisi, sia anche per le tendenze prevalenti della speculazione filosofica. Il diritto naturale diventa diritto della ragione e con ciò si entra nelle dottrine di carattere interno, alle quali ora volgeremo il nostro esame (1).

---

(1) Per queste critiche si veda Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908 e la mia *Filosofia del diritto internazionale*, cit.

CAPITOLO III

Le teorie che partono da cause interne.

SOMMARIO. — 361. Indirizzi volontaristi. — 362. Indirizzi razionalisti. — 363. Indirizzi utilitàri. — 364. Critica di essi. — 365. Teorie in ispecie di Spencer e Vanni.

§ 361. — Le teorie che ora dobbiamo esaminare si fondano su di elementi ricavati dalla coscienza e prospettano un ordine di fini. Possiamo disporre queste dottrine in tre gruppi principali, in dottrine cioè contrattualiste, razionaliste ed utilitarie.

Le dottrine contrattualiste pongono il fondamento ultimo del diritto in una specie di contratto, tacito o espresso, per opera del quale gl'individui che s'aggregano, si obbligano ad accettare liberamente un dato ordinamento giuridico. Queste dottrine si sono presentate peraltro sotto molteplici aspetti nelle varie epoche e presso i diversi sostenitori. Esse sono fra le più antiche: infatti il concetto che collega il diritto al contratto doveva in certo modo sorgere, almeno in maniera embrionale, con la stessa genesi del diritto, perchè, come sappiamo, il patto è uno dei mezzi con i quali il diritto si costituisce nel fatto. Negli Stati liberi dell'antichità, le manifestazioni del consenso hanno una parte notevole. Si sa, ad esempio, che nella Roma antica le leggi avevano carattere di patto e lo Stato veniva concepito quale una *communis reipubblicae sponsio*.

Nelle dottrine filosofiche poi il patto si presentava come il mezzo naturale per determinare il passaggio fra lo stato di natura e lo stato civile; onde le dottrine contrattualiste si collegano con quelle del diritto na-

turale e ne diventano un'appendice necessaria. Al pari dello stato di natura, il contratto si considera da principio siccome un fatto effettivamente esistito, ma in processo di tempo, a misura che lo stato di perfezione si porta verso il futuro, anche il contratto si proietta verso l'avvenire, e da fondamento storico si trasforma in fondamento razionale. Il passaggio dall'una all'altra concezione si può osservare nel *Contratto sociale* del Rousseau, nel quale le due concezioni si trovano ancora di fronte, ma della vecchia rimangono oramai solo alcune tracce.

A misura che si produceva questo passaggio, una trasformazione si compiva anche nel modo d'intendere il contratto, poichè mentre prima si partiva da concetti strettamente privatistici e tecnici, in processo di tempo i concetti si andarono allargando, per modo che il contratto divenne una generica manifestazione di consenso. Questa concezione così vaga apparisce appunto nella dottrina dell'*Anerkennung,* che in Germania acquistò una certa celebrità per opera del Bierling e del Merkel.

Come si vede, le dottrine contrattualiste si sono presentate sotto la duplice veste, di dottrine cioè intorno al fondamento di fatto e dottrine intorno al fondamento ideale del diritto. Sotto il primo aspetto non vi è dubbio che l'elemento del consenso rappresenta una parte considerevole e sempre più importante nella formazione e nell'evoluzione del diritto; ma dal punto di vista della valutazione queste dottrine non possono risolvere il nostro problema. Esse si riducono tutte all'affermazione che il diritto è un prodotto della volontà e niente altro. Con ciò esse spiegano il diritto positivo, ma non ci dànno il criterio per valutarlo. Non può la volontà sola, indipendentemente dai fini dell'operare umano, renderci ragione del diritto, poichè la volontà per sè stessa è arbitrio,

se non si mette a servizio di fini necessarî e di quelle aspirazioni verso l'universale, che scaturiscono dal fondo della coscienza.

In ultima analisi, queste dottrine non sono che una trasformazione di quelle che prendono a base il comando autorevole, poichè non fanno che sostituire al comando esterno, un comando proveniente dalla volontà propria, per cui il comando acquisterebbe autorità non per ragioni intrinseche, ma per il fatto che viene generalmente accettato o viene emanato col concorso di tutti. Or questo fatto può aver valore, non per sè stesso, ma come indizio di una più profonda corrispondenza fra l'atto e i fini, perchè la volontà può mettersi a servizio dei fini ultimi, ma non può crearli. Dal fatto che tutti si mettono d'accordo per commettere una ingiustizia, questa non cambia natura. Onde, nè il contratto, nè il consenso in genere possono fornire il criterio per valutare il diritto, essi lo suppongono, come dal punto di vista genetico soppongono il diritto, che renda giuridicamente leciti ed obbligatori i loro effetti.

§ 362. — In modo più filosofico hanno saputo porre e hanno cercato di risolvere il problema gl'indirizzi razionalisti. Essi si ricollegano al diritto naturale, del quale costituiscono l'ultima fase, ma è certamente la fase più evoluta, poichè essi si sono resi pienamente conto di due fatti: che cioè il fondamento ultimo del diritto non poteva essere attinto ad un ordine causale, ma deve cercarsi nell'ordine interno dei fini; che questo ordine, pur presentando i caratteri della necessità e dell'universalità, deve provenire dalla coscienza stessa sulla quale impera. Dopo quello che abbiamo finora detto non occorre più insistere sul primo requisito; ma circa il secondo le difficoltà che si presentato sono invece grandi, poichè si tratta di vedere in che modo possa conciliarsi l'elemento della necessità e dell'uni-

versalità con quello della spontaneità. Occorre cioè che il fine ultimo s'imponga come qualche cosa di necessario o di universale, altrimenti un ordine di fini non può costituirsi. Ma, se è necessario, come può diventare spontaneo come può non apparire una imposizione, una costrizione e perdere per ciò stesso ogni valore di fronte alla coscienza operante? E inoltre se è spontaneo, come può in pari tempo essere universalmente spontaneo?

Non è possibile seguire tutte le correnti e tutte le ramificazioni che hanno assunto questi indirizzi, dobbiamo necessariamente limitarci ad accenni sommarî e sintetici. Possiamo dire che in genere, essi hanno creduto di poter risolvere il problema partendo da un'idea assoluta del diritto, che producendosi nella coscienza, la trascenda e diventi idea universale del diritto. Prodotta da una sintesi mentale, questa idea in certo qual modo si stacca dalla coscienza e la trascende, rompendo tutti i vincoli con la realtà, ma, in pari tempo, s'impone alla volontà come un imperativo incondizionato, dando origine alla suprema legge dell'operare giuridico.

Ma, come un'idea può così staccarsi dalla realtà, da trascenderla e da dominarla? E come staccata da essa può operare sulla realtà? Sopra tutto, come può trasformarsi in una legge dell'operare umano una semplice astrazione logica? La logica può fornirci concetti, ma non comandi. Essa ci può dare i principî della ragione, ma non i comandi della volontà, perchè un nudo principio di ragione non ha per sè stesso la forza di muovere il volere. E allora un'idea pura, può acquistare efficacia pratica, almeno nel dominio del diritto? In questo campo non vediamo operare idee pure, ma idee impregnate, diciamo così, di contenuti determinati, che più o meno riflettono le condizioni della realtà. Un concetto puro, spoglio da ogni elemento della realtà è del resto irrealizzabile nella nostra stessa coscienza,

poichè i nostri stati di coscienza sono sempre più ricchi di quello che non appariscono a noi stessi. Non è nelle idee pure che possiamo rinvenire il diritto e i suoi criterî di valutazione, perchè il diritto è la vita ed è per la vita che esso si forma e si evolve, e se vive nelle coscienze, ciò avviene perchè le coscienze si muovono nella realtà; e se da una parte esse contribuiscono a formarla, da un'altra parte la riflettono.

Certo noi non possiamo fare a meno di un elemento formale della nostra coscienza, altrimenti non avremmo una base sicura, nè avremmo quei caratteri di necessità e di universalità, con i quali gl'ideali s'impongono e si fanno valere; ma questo elemento formale non può essere inteso ed abbracciato se non nelle sue sintesi con gli elementi contingenti, poichè le idealità che si spogliano da ogni contenuto diventano principî dottrinarî.

Questi sistemi non ci dànno perciò una soluzione soddisfacente del fondamento ultimo del diritto; per risolverlo essi devono costruire, per così dire, come due grandi ponti artificiali: uno fra l'idea pura e la realtà e l'altro fra la ragione astratta e il volere.

Alcuni di questi sistemi hanno peraltro cercato di superare queste difficoltà, partendo da presupposti che hanno bisogno di essere dimostrati e dando per risoluto ciò che appunto costituisce il nòcciolo del problema. Essi cioè suppongono che l'ideale e il reale siano tutta una cosa e siano rinchiusi in seno dell'assoluto o della idea assoluta. Questo assoluto, prodotto da una sintesi primigenea dello spirito, si svilupperebbe poi in forza di una dinamica tutta propria, cioè per mezzo di un processo dialettico, dando origine alle diverse forme che presenta la realtà, e perciò alla natura, alla storia e quindi anche al diritto. Il diritto non sarebbe che una delle tante estrinsecazioni dell'assoluto. Tali indirizzi hanno certamente il merito di aver messo in rilievo il

fatto dello sviluppo, delle trasformazioni successive e concatenate, sia nel cosmo, in genere, sia in ispecie nella vita dell'umanità. Il primo concetto dell'evoluzione che doveva rappresentare una parte così cospicua nella filosofia e nella scienza moderna, è una divinazione di questi indirizzi; quantunque per essi lo sviluppo abbia un carattere puramente dialettico.

Ma questi sistemi si presentano con incoerenze logiche insanabili. Ora a quel presupposto gratuito di un ideale che è in pari tempo realtà, di un soggetto che è in pari tempo oggetto, questi sistemi non ci spiegano poi per quale ragione intima l'assoluto sia sottoposto a un processo di sviluppo, perchè esso debba svolgersi in quel dato modo. Perchè l'assoluto che la nostra mente non può concepire se non come qualche cosa di perfetto e di completo in sè stesso, sentirebbe il bisogno di muoversi e di evolversi e di dare origine alle manifestazioni della realtà? L'evoluzione si capisce nel relativo, che essendo imperfetto, tende alla perfezione; nell'incompleto, che essendo manchevole, tende a completarsi. Ma non in ciò che è perfetto e completo. Perciò è la nostra coscienza, che tende ad evolversi, non in quanto è assoluta ragione, ma in quanto è realtà incompleta e tende ad una realtà di ordine superiore, tende all'adeguazione con una realtà di cui non è che una parte.

Dal nostro punto di vista speciale bisogna poi notare che il diritto non può essere spiegato con principî di ordine generico, ma deve essere spiegato con principî di ordine specifico, proporzionati alla sua specifica natura, altrimenti la spiegazione riesce insufficiente e non vale a renderci conto della sua specifica ragion di essere e dei criterî di valutazione che possono aver valore solo nel suo dominio. Così, quando noi ci siamo resi conto della ragion di essere della condotta morale, non avremo con ciò spiegato la ragion di essere della

condotta giuridica. Come vedremo, tutti i sistemi peccano da questo lato, ma il difetto si scorge a preferenza nei sistemi, che, prendendo per punto di partenza la nuda ragione, o l'idea pura, si allontanano maggiormente dal dominio empirico, il cui diritto si muove.

§ 363. — In contrasto con questi, altri sistemi prendono per punto di partenza e quindi per fondamento ultimo, i sentimenti e i bisogni, che inducono gli uomini ad agire. Essi cioè muovono dal fatto che gli uomini sono spontaneamente condotti a fuggire il dolore e a cercare il piacere e la felicità, perchè questa è condizione di conservazione e di sviluppo, quello è causa di distruzione. Il diritto quindi non può avere altro fondamento che l'utilità. Essa è giusto quando è utile, ingiusto quando è dannoso.

Anche le dottrine utilitarie hanno peraltro assunto ramificazioni ed aspetti molteplici, sopra tutto per il diverso modo come è stato inteso il concetto dell'utile. Ora, infatti si è preso per punto di partenza il bisogno della propria conservazione, ora il bisogno di conciliare l'esistenza propria con quella degli altri, ora si è posto il bene nella felicità del maggior numero e via discorrendo. L'utilitarismo si è per lo più accoppiato con i sistemi empirici, ma in qualche caso si è anche unito con vedute teologiche e metafisiche. Questi sistemi hanno avuto varie vicende nei diversi paesi, ma in Inghilterra hanno potuto seguire una evoluzione regolare, che va da Bacone e da Hobbes ai più recenti scrittori. Durante quest'evoluzione l'utilitarismo, si andò mano mano allargando, perfezionando e, in certo modo, purificando, a misura che i progressi della psicologia e degli studi sociali gli permisero di tener conto e di usufruire di un numero sempre più grande di tendenze e di elementi dello spirito umano; tanto che nelle sue ultime conclusioni ha potuto combaciare con le forme più elevate di moralità.

Ma, per quanti sforzi si fecero per fornire a quelle dottrine un fondamento solido e scientifico, rimase pur sempre la fragilità della loro base iniziale. Fondate sopra tendenze così variabili e di carattere così eminentemente subbiettivo, quali sono quelle che inducono a cercare il piacere e a fuggire il dolore, quelle dottrine non riuscirono a imperniarsi su di una base obbiettiva e sicura. Che cosa è infatti l'utilità? Ognuno se ne forma un concetto diverso, secondo i suoi bisogni, le sue tendenze, ecc. Il principio relatore non riesce quindi a regolare, perchè manca di universalità. H. Spencer si rese conto di questo difetto e credè di rimediarvi con ricondurre l'utile al principio di causalità, o per meglio dire, portando la sua attenzione sulla causa, onde esso può essere generato. Egli pensò che le dottrine utilitarie si basano sugli effetti delle azioni umane e non sulle cause, perciò non riescono a scoprire il vero fondamento e la vera ragion di essere della condotta. L'utilità può essere il fine remoto delle azioni umane, ma non il punto dal quale si deve partire. Questo punto di partenza deve ricercarsi nelle condizioni che rendono possibile la convivenza e permettono una vita sociale sempre più civile e più progredita. Quando queste condizioni saranno rispettate, l'utilità dei singoli e dell'aggregato, ne deriva inevitabilmente.

§ 364. — Quest'ultimi indirizzi hanno caratteri del tutto opposti a quelli precedenti; mentre i primi si fondano sulla nuda ragione, questi si fondano a preferenza sulle tendenze cieche, sulle inclinazioni naturali; i primi hanno carattere filosofico, questi secondi hanno caratteri empirici; ma mentre i primi tendono al formalismo, questi ultimi tendono ad avvicinarsi alla realtà. I perfezionamenti che mano mano si sono in essi introdotti, furono guidati da questa tendenza. Essi vorrebbero abbracciare la natura umana nella sua vivente realtà; ma non l'abbracciano che da un lato solo. Certo

questo lato hanno abbastanza approfondito, contribuendo gravemente allo sviluppo della psicologia degli stimoli e di certe date categorie di sentimenti, cercando di mettere in luce le connessioni intime fra i processi del volere e i processi emotivi e per conseguenza la necessità di distinguere il nudo concetto dell' imperativo etico e giuridico, come l'impossibilità per il primo di trasformarsi nel secondo, senza passare per la regione dei sentimenti; quantunque poi tutto ciò non abbiano guardato che da un punto di vista unilaterale.

Ma appunto, a causa del loro punto di vista unilaterale, essi furono indotti a confondere con le semplici inclinazioni le forme di coscienza e le sintesi, onde scaturiscono gl'imperativi e i doveri della condotta. Sicchè i criterii di valutazione etica e giuridica, quali ci possono venir forniti da tali mezzi, mancano dei loro caratteri distintivi, sopra tutto, mancano di quel carattere di necessità e d'universalità, per i quali s'impongono alla coscienza, e perciò rimangono nel dominio della subbiettività, del relativo e della contingenza. Se, ad esempio, la giustizia si confonde con l'altruismo, col desiderio del bene generale, ecc., i criterî di valutazione dovranno sempre oscillare secondo l'intensità del sentimento altruistico, secondo gli umori delle persone, ecc., e in tutti i casi il dovere di giustizia non apparirà mai come qualche cosa che s'impone anche quando tacciono i sentimenti altruistici e anche in contrasto con essi.

Il sentimento del dovere è stato appunto la principale pietra d'inciampo di queste dottrine. Esse hanno cercato di risolverlo, ricorrendo alle leggi dell'associazione mentale o al fenomeno dell'abitudine. Ma la teoria dell'associazione poteva riuscire di poco soccorso, sopra tutto poi per il modo come veniva concepita dalla psicologia, alla quale essi ricorrevano, cioè intesa quale un meccanismo automatico d'idee che si richiamano fra

di loro perchè sono, non si sa per quali ragioni è in che maniera, collegate reciprocamente. Quanto all'abitudine, essa non può spiegarci da sola in che maniera una inclinazione possa trasformarsi in un comando imprescindibile di ordine interno, indipendentemente dal diritto positivo o dalla esistenza di un sistema di norme già presupposto. Certo l'abitudine ha una parte assai grande nella formazione del diritto e non siamo certamente noi che vorremo negarlo, ma non può costituirne il fondamento ultimo, il criterio di valutazione. Essa ci potrà indurre a credere che un dato diritto esiste, a farcelo considerare come esistente, ma non a farcelo riguardare come giusto. Anche di fronte all'abitudine si pone il problema del suo valore etico, della sua rispondenza alle idealità giuridiche. E a tale problema essa non può rispondere, poichè non basta allora la semplice constatazione del fatto. Insomma anche il diritto consuetudinario può venir valutato e indotto alla riforma, il che significa che il diritto di valutazione è al di sopra e fuori di esso.

Le dottrine che si sono ispirate a questi indirizzi hanno potuto esercitare sulle teoriche giuridiche una grande influenza, appunto perchè il diritto si muove in un campo empirico e in esso l'elemento utilitario ha sempre una parte importante. Così hanno potuto ben mettere in rilievo come il diritto scaturisca dal conflitto degl'interessi e come uno dei suoi scopi precipui sia quello di determinare forme di conciliazione e di armonia fra gl'interessi antagonistici. Ma non hanno poi compreso che, se il diritto scaturisce dai conflitti, ciò non avviene perchè i conflitti lo generino. Come abbiamo più volte osservato, se esso non provenisse da qualche cosa superiore ai conflitti stessi, non potrebbe mai regolarli. I conflitti sono, come già dicemmo, stimoli occasioni, alla formazione del diritto, non vere cause produttrici. Chi li prende per cause, perde di

vista quella realtà delle cose e dei rapporti umani, sulla quale appunto codesti indirizzi credono di basarsi. Due interessi possono lottare fino all'infinito, senza che il diritto venga mai fuori e la lotta potrà finire con la eliminazione di uno di essi o di entrambi, se elementi diversi dal semplice interesse, non prendono a poco a poco il sopravvenuto nelle coscienze delle parti in lotta.

§ 365. — Neanche gli ultimi sviluppi e completamenti dello Spencer mettono in grado le dottrine utilitarie di risolvere il nostro problema; anzi non valgono se non a mettere in ancor più chiara evidenza le deficienze di tali dottrine. Connettendola con l'ordine della causalità sociale, questo pensatore trasporta la dottrina dal dominio interno al dominio esterno; infatti le *condizioni di esistenza* non sono che la *natura delle cose* del diritto naturale, cioè un ordine esterno di causalità. Egli, certo, tenta di fare uscire la *natura delle cose* della vaga nebulosità, in cui l'avevano avvolta i giusnaturalisti e, col sussidio del scienze moderne, cerca di specificare quali sono le leggi della vita sulle quali il diritto dovrebbe fondarsi. Ma le leggi della vita ci possono fornire successioni ordinate di fenomeni, non criterî di valutazione; esigenze di fatto, non imperativi e doveri. Il criterio di valutazione può venire dalla coscienza che contempla un ordine di fini, non da un meccanico succedersi di fenomeni secondo leggi immutabili. E infatti, quando Spencer afferma che la giustizia consiste nelle condizioni di esistenza, giuoca sull'equivoco, poichè prende queste condizioni, nel medesimo tempo, quale fatto e quale norma dell'agire, ragionando come se l'ordine causale si trasformi da per sè stesso in un ordine di fini. Così, è indubbiamente una condizione fondamentale di esistenza il rispetto della vita altrui, ma perchè questa condizione si verifichi, non basta affermarla e riconoscerla, occorre che

la coscienza la faccia sua e la trasformi in un comando; a questo non può essere indotta da una necessità esterna, ma da un fine dell'operare, che viene posto dalla coscienza.

Del resto, quello che lo Spencer ci presenta quali condizioni di esistenza, presuppone già certi dati fini, certe sintesi dello spirito, onde proviene il criterio di valore e perciò egli può tirare da quelle condizioni il principio di giustizia. Così, egli ci parla delle condizioni di esistenza come qualche cosa che *deve essere* ricercata. Ciò suppone appunto un ordine necessario di fini. Lo suppone, ma non lo spiega. Per spiegarlo, occorrerebbe dimostrare perchè *deve* essere ricercata l'esistenza, quale valore ha e perchè si deve persistere in essa e si deve agire per migliorarla? In fondo lo Spencer costruisce su questi presupposti, ma non li dimostra; e se può pervenire a conclusioni che combaciano con quelle dell'etica più evoluta, ciò deriva dal fatto che egli ricorre ad elementi, che sono estranei al suo sistema. Le leggi dell'essere si trasformano per lui in leggi del dover essere, perchè tacitamente un dover essere si è infiltrato in seno di quelle leggi. Ma ciò non salva da una fondamentale incoerenza. Egli credeva di poter derivare dalle leggi di natura un imperativo incondizionato, quale è quello onde proviene il dovere; mentre da quelle leggi non possono derivare fini, ma effetti; i quali possono diventar fini, solo quando noi li pòniamo come tali nella nostra coscienza. Ma anche in tal caso sono fini condizionati, non assoluti, perchè dipendenti da una necessità di ordine naturale; se vuoi quel dato effetto, devi operare in quel dato modo, devi cioè provocare quella data causa. Ma gl'imperativi etici hanno valore per loro stessi e non possono dipendere da cause esterne. E sappiamo che nel diritto quest'imperativi hanno una parte importante, poichè da un principio etico, quale è appunto il prin-

cipio di giustizia, deriva sopratutto l'elemento regolatore dei rapporti giuridici.

Il prof. Vanni da noi ha cercato di completare la dottrina dello Spencer, ma il completamento consiste sopra tutto nel determinare in modo più ampio le condizioni di esistenza e nel fornire ad essa una più larga base sociologica, mentre lo Spencer si era a preferenza fondato sulla biologia. « Ora, come il Vanni giustamente notava, un'etica fondata sulla biologia è la negazione dell'etica, poichè la biologia non trascende la considerazione dell'individuo, e l'etica invece si appunta sulla società e sulla vita in comune » (1). Perciò egli dà maggior risalto ai fini dell'uomo quale essere sociale, pienamente cosciente del suo essere; come accade ai fini della convivenza, quale aggregato solidale d'individui umani; ma a questo maggior sviluppo dato all'elemento etico non serve che a mettere maggiormente in rilievo il lato manchevole del sistema. Se il fondamento intrinseco del diritto deve ricercarsi nelle condizioni di esistenza e sia pure in quelle sociali, è inutile parlare di fini etici, poichè quelle condizioni esistono ed operano indipendentemente da quei fini; l'uomo sarebbe quindi costretto a seguirle e non potrebbe in alcun modo modificarle, come può modificare alcun ordine causale. E col meccanismo delle cause l'eticità sparisce. Se invece si vuol parlare di fini etici, allora le condizioni di esistenza non sono più qualche cosa di imposto, ma qualche cosa che si vuole conseguire in vista di quei fini e perciò il fondamento ultimo non si può più ricercarlo in quelle condizioni, ma bisogna appunto ricercarlo in quei fini. Certo questi fini si costituiscono in armonia con le condizioni di esistenza, ma ciò avviene, non perchè ne sono l'effetto, ma perchè,

(1) *Lezioni*, cit., pag. 325.

al contrario, la coscienza vuol dominare e dirigere quelle condizioni, vuole plasmarle conformemente alle sue proprie esigenze. Il fine etico insomma ci trasporta ancora una volta nel dominio della coscienza e ci fa sentire che quei sistemi non potevano risolvere il problema, perchè, in fondo, non erano riusciti a basarlo su questo fondo della coscienza.

CAPITOLO IV

Recenti indirizzi italiani.

§ 366. — Abbiamo fatto una rapida corsa a traverso i principali sistemi, ma reputiamo ora opportuno d'indugiarci un po' più specificatamente sui più recenti indirizzi italiani, sia perchè essi possono maggiormente interessare i cultori italiani della disciplina, sia perchè essi sono conseguenza di un momento importante nel movimento del pensiero moderno, sia infine perchè essi meglio ci forniscono la via per giungere alla soluzione che proponiamo. Gl'indirizzi sui quali vogliamo portare l'attenzione hanno tutti carattere idealista, perchè si connettono alla reazione contro il materialismo e al positivismo, in genere, contro il naturalismo, che aveva tenuto il campo per quasi tutta la seconda metà del secolo passato. Il pensiero, dopo avere raccolto larga messe di osservazioni, di studi, di scoperte; dopo aver celebrate numerose conquiste entro i rigidi confini di quei sistemi; ha sentito il bisogno di rompere quei

freni, che avevano potuto essere utili, ma che cominciavano ad essere d'inciampo e si rivolge ancora una volta su di sè stesso, per interrogare la sua propria natura e per affermare la parte che gli spetta in tutto ciò che è prodotto umano. Lungi dal ritenere che questa possa essere uua fase definitiva, come fanno coloro che credono potersi la verità immobilizzare in un sistema, è indubitato che essa rappresenta una nuova tappa nella vita del pensiero, una tappa che lo trasporta in regioni superiori a quelle fino ad ora percorse e che apparecchia l'ascensione verso regioni ancora più alte.

Ma, lasciando stare queste considerazioni che ci portano fuori dal nostro campo di ricerche, questi sistemi hanno per noi il merito di avere nuovamente attirata l'attenzione sul fondamento ultimo del diritto, che i sistemi naturalistici avevano mal posto o pure credevano di potere addirittura eliminare. Non in tutti i nuovi indirizzi tale problema assume la medesima importanza, ma in tutti forma speciale obbietto di preoccupazione.

§ 367. — Per il prof. Bartolomei (1) il problema della valutazione è un problema di capitale importanza nella filosofia del diritto, anzi è il solo problema di cui essa dovrebbe occuparsi. Contro le concezioni positivistiche, le quali vedono nella filosofia la continuazione e il completamento del processo di generalizzazione proprio delle scienze, per il Bartolomei la ricerca filosofica ha per compito una considerazione della realtà diversa da quella nella quale si esauriscono le scienze

---

(1) *I principii fondamentali dell'etica di R. Ardigò* (Roma, 1898); *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto* (Roma, 1901); *Del significato e del valore della dottrina del Romagnosi* (Roma, 1901); *Diritto pubblico e teoria della conoscenza* (Annali univ. di Perugia, 1903); *Su alcuni concetti di dir. pubbl. generale* (Studi senesi, 1905); *Introduzione alle scienze sociali* (Roma, 1906-1907); *Le ragioni della giurisprudenza pura* (Napoli, 1912).

particolari: scienze storiche e scienze di leggi. Non vi è parte della realtà che si sottragga all'indagine delle scienze speciali, le quali mirano ad oggettivarla; onde alla filosofia non rimane alcun problema di realtà o di oggettivazione. Essa è invece (secondo l'insegnamento critico) dottrina di valori e di norme, la cui statuizione non è possibile che nel campo della logica, dell'estetica e dell'etica, nella sua duplice ramificazione: morale e diritto. La filosofia del diritto, per conseguenza, mira a determinare le norme, i valori obbiettivi dell'ordine giuridico. Il che significa indagare insieme il fondamento del diritto e la sua collocazione nell'unità dei valori umani, cioè dei valori di cultura. Fissando i principî dell'ordine giuridico, la filosofia del diritto delinea lo schema di una società giuridica ideale, e rinnova così il problema del diritto naturale. I primi principî del diritto naturale, non sono ricavabili dall'esperienza, ma sono *a priori*. L'esperienza non offre che motivo ed occasione a che i principii etici siano partoriti dalla coscienza, nella quale vivono. Ma se essi trovano le loro manifestazioni nelle concezioni della coscienza, non sono poi il prodotto di questa o di quella coscienza singola, ma della coscienza in generale, non dell'*io* empirico, ma dell'*io* puro ed assoluto. Dimodochè il concetto di una coscienza ideale universale dell'umanità diventa il fondamento della filosofia e da esso scaturiscono i principî della filosofia nell'ordine teoretico e nell'ordine pratico; in esso è riposto il principio del diritto.

Noi non riteniamo che il problema della valutazione costituisca l'unico compito della filosofia del diritto, appunto perchè, secondo il nostro modo di vedere, le singole discipline giuridiche non esauriscono tutta la realtà giuridica. Resta sempre a determinare il concetto del diritto nella sua integrità fondamentale, nei suoi caratteri più generici, e tale compito non può essere

assunto da quelle discipline e neppure dalla teoria generale del diritto, poichè questa naturalmente non esce dal dominio formale del diritto, mentre quel concetto non può essere compreso se non in connessione con altri concetti, che provengono dalle ricerche in altri campi della realtà. E resta oltre a ciò a determinare i rapporti fra il diritto e la vita sociale; compito che non può essere assunto, nè dalle discipline giuridiche, nè dalle singole discipline sociali, appunto perchè le une e le altre non possono uscire dal loro specifico campo di ricerche. Occorre perciò una scienza di ordine superiore, capace di abbracciare in una sintesi più alta i due campi di rapporti e di dominarli.

Ma, se il problema della valutazione non costituisce il problema unico, ne forma peraltro il problema centrale, poichè senza un riferimento al criterio di valutazione, non è possibile assorgere a un concetto del diritto, nè ad una chiara idea dei rapporti fra il diritto e gli altri fenomeni sociali. Se non che ci sembra che quel problema non si possa risolvere in modo generico; occorre per il diritto una soluzione specifica, poichè è una specifica manifestazione dell'umana attività. Sta bene che il diritto è un prodotto della coscienza, onde la sua ragione di essere e il criterio per valutarlo non possano rinvenirsi che nella stessa coscienza. Ma in che modo e per quale ragione può dalla coscienza scaturire questa forma specifica di attività, la quale non è etica e neppure economica, ma, fondandosi su di un principio etico, rende pertanto possibile una coesistenza e una coordinazione esterna di atti umani? Dicendo che dalla coscienza assoluta scaturisce il principio di giustizia, noi non spieghiamo come ne possa scaturire il diritto, perchè il diritto non è la giustizia in genere, ma quel tanto di giustizia che si rende possibile per mezzo di un comando esterno ed è in vario senso modificato da ragioni di utilità e dall'azione di diversi

elementi emotivi. La coscienza assoluta, appunto perchè coscienza universale, non può darci il diritto, che è fatto empirico e contingente, il quale, se tende all'universale e deve anzi tendervi, non può adeguarvisi; se pervenisse ad adeguarvisi, perderebbe la sua individualità e cesserebbe di esser diritto.

Il che mostra due cose. Prima di tutto, che il fondamento ultimo del diritto è in parte etico e, sotto questo aspetto, la ricerca esce dal nostro dominio e fa parte della filosofia morale. In secondo luogo, che per la spiegazione completa del diritto occorre la ricerca di un fondamento, che non può essere più fornito esclusivamente da un principio universale, ma deve rinvenirsi nella coscienza empirica, cioè nella coscienza quale si manifesta e si forma nell'attrito della vita sociale. E in tal caso rimaniamo nel dominio di quella scienza, che non è più propriamente filosofia, ma scienza generale del diritto.

§ 368. — Contrariamente a quello che pensa il prof. Bartolomei, il prof. Del Vecchio (1) ritiene che la determinazione dell'ideale del diritto non sia il compito unico della filosofia del diritto; accanto ad essa e anzi da essa indipendente, è la determinazione del concetto del diritto, il quale non può essere se non un concetto formale e quindi tale, da potersi ottenere senza alcun riferimento al problema della valutazione. A tal riguardo noi dobbiamo fare le nostre riserve. Se contro il prof. Bartolomei abbiamo osservato che la nostra disciplina non può tutta ridursi al problema della va-

(1) Vedere sopra tutto; *Diritto e personabilità umana nella storia del pensiero,* Bologna, 1904; *Il concetto della natura e il principio del diritto,* Torino, 1908. Inoltre del medesimo autore: *I presupposti filosofici della nozione del diritto,* Bologna, 1905; *Su la teoria del contratto sociale,* Bologna, 1906; *Il concetto del diritto,* Bologna, 1906 e 1912; *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato,* Torino, 1909; *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace,* Torino, 1911.

lutazione, contro il prof. Del Vecchio dobbiamo osservare che il concetto del diritto non può ottenersi indipendentemente dal problema deontologico; poichè uno dei caratteri specifici del diritto è appunto dato dal fine, che esso si propone di conseguire. E del resto lo stesso prof. Del Vecchio ci dà implicitamente ragione allorchè definisce il diritto come « la coordinazione obbiettiva delle azioni possibili tra più soggetti secondo un principio etico che la determina, escludendone l'impedimento ». Per noi il concetto del diritto è strettamente connesso col criterio della valutazione. Ciò non significa che una ricerca debba essere completamente assorbita dall'altra, come non significa che l'una possa farsi indipendentemente dall'altra. Esse sono in pari tempo congiunte e distinte, congiunte, perchè il diritto è principio pratico; distinte, perchè la valutazione non può compiersi se non entro un dominio logicamente determinato.

Ma non è questo il problema che ora c'interessa, qui dobbiamo studiare in che modo il Del Vecchio si rende ragione del fondamento ultimo del diritto. Anche egli ripone nella coscienza la legge prima dell'essere e del conoscere e in pari tempo la fonte del dovere e del diritto. Il principio, che solo permette la retta e adeguata visione del mondo etico, è il carattere assoluto della persona, la supremazia che compete logicamente al soggetto sopra l'oggetto. La potestà di astrarre e di ritrovare sè stesso oltre la natura, di riferire all'*io* per il tramite delle idee, tutta quanta la realtà che in esso converge, costituisce l'essere proprio e specifico del soggetto, la sua *natura* in senso eminente; e da qui scaturisce anzi tutto, il dovere che, incombe ad ogni uomo, di operare come soggetto e non come oggetto, cioè, non come mezzo o veicolo di forze e motivi esteriori, ma come principio autonomo, secondo determinazioni razionali ed universali. A questo dovere mo-

rale corrisponde l'esigenza giuridica, che ha ciascuno di non essere impedito o disconosciuto da altri nel porre in atto quella sua qualità. V'ha dunque (come condizione obbiettiva dell'etica) una prerogativa perpetua ed inviolabile della persona, un *diritto naturale:* ogni uomo può, solo perchè tale, pretendere di non essere costretto ad accettare con altri un rapporto, che non dipenda anche dalla sua determinazione; può pretendere di non essere trattato da alcuno come se fosse soltanto un mezzo o un elemento del mondo sensibile; può esigere che sia rispettato da tutti, come è tenuto a rispettare egli stesso, l'imperativo. Onde la massima fondamentale; non estendere l'arbitrio tuo sino ad imporlo ad altri, non volere a te sottomettere chi, per sua natura, è soggetto solo a sè stesso.

Questa esigenza assoluta della giustizia si avvera storicamente per gradi. Anche il diritto positivo ha però sempre un significato *iperfenomenico,* in quanto tende a istituire un ordine etico e attribuisce valori indipendenti dell'accadere fisico. In ogni proposizione giuridica è un momento di trascendenza, è l'indicazione di un *dover essere,* che supera logicamente il fenomeno, e in questo non si esaurisce. Se positiva è, insomma, l'*affermazione* e l'osservanza del diritto, metafisico ne è il *principio;* il fondamento della sua idea non ci è nata dalla natura considerata come il complesso o la successione dei fatti empirici, ma dall'essere o dalla natura del soggetto, in quanto esso trascende e comprende quella natura, è in sè stesso autonomo, e, come tale, capace di esigenza e di obbligazione.

Il Del Vecchio ha bene impostato il problema dal punto di vista filosofico, ma la sua soluzione non può del tutto appagare chi cerca il fondamento specifico del diritto. Egli infatti ci dà la genesi razionale del principio di giustizia, che trova la sua ragione di essere nel rispetto della persona umana come soggetto auto-

nomo e perciò nel dovere di trattarlo come persona. Ma può la giustizia prendersi quale sinonimo di diritto? Se così fosse, il diritto sarebbe confuso con l'etica, anzi sarebbe assorbito da questa e quindi la determinazione del suo fondamento ultimo condurrebbe alla sua negazione come diritto. E dato pure che questo voglia ammettersi da un punto di vista puramente filosofico, ciò non esonera dal compito di rendersi conto della esistenza del diritto indipendentemente dall'etica.

Certo l'esigenza della giustizia si avvera storicamente per gradi e uno dei modi con i quali si avvera, è appunto il diritto; ma nel diritto non è più sola giustizia. Anche nel diritto naturale la giustizia si presenta combinata con altri elementi, per cui esso è già qualche cosa di diverso della semplice giustizia. Il diritto naturale non può, ad esempio, non presentarsi con la possibilità della coazione esterna, e allora ecco che siamo condotti alla concezione di un ordine esterno, per cui non tutta la giustizia è attuabile, ma solo una parte di giustizia. Ci sembra poi esatta l'affermazione che il diritto positivo abbia un significato *iperfenomenico,* in quanto appunto tende ad istituire un ordine etico e ad imporre un ordine di fini all'ordine causale. Infatti il diritto positivo è un continuo evolversi verso un ideale e trova in questo suo processo evolutivo la sua ragione di essere e la possibilità di regolare gli atti umani, che sono manifestazioni di coscienze, che si evolvono. Non sarebbe altrimenti possibile alle norme astratte del diritto di adeguarsi alla molteplice e complessa verità del reale. E d'altra parte il diritto ideale è una continua realizzazione nella nostra coscienza e perciò una continua attuazione nei rapporti umani. L'ideale del diritto o ciò che noi chiamiamo idealità giuridica, vive in questo e per mezzo di questo processo in quanto invece nelle coscienze, e perciò il diritto positivo tende a combaciare con quello ideale e quindi a trascendere il mo-

mento presente e un ordine meno progredito per assurgere ad un ordine più progredito, quale si presenta alla coscienza.

Ma perchè le due cose tendono a combaciare? Evidentemente perchè vi è in esse una natura identica, perchè si tratta di due formazioni dovute a una esigenza della coscienza fondamentalmente identica. Se non che ciò non significa che tale esigenza sia poi in tutto della medesima natura di quella che si rivela nel puro dominio etico. Se fosse diversamente, il processo evolutivo del diritto positivo dovrebbe condurci ad una crescente identificazione con l'etica; mentre vediamo che questo non accade, anzi, nel mondo fenomenico si verifica, almeno sotto certi aspetti, una crescente specificazione. Che cosa significa questo? Che nel diritto ci troviamo in un campo diverso, nel quale operano certi principî speciali e certe speciali leggi di sviluppo, per le quali non rinveniamo sufficiente spiegazione in principî attinti in altri campi. La spiegazione del diritto deve essere anzi tutto ricercata nel dominio stesso del diritto. E non importa poi se certe distinzioni abbiano carattere empirico e non strettamente filosofico; anche dell'empiria dobbiamo renderci conto se vogliamo che la nostra scienza sia completa; anzi nel dominio del diritto, che è un campo eminentemente pratico, tali distinzioni possono assumere una importanza decisiva.

§ 369. — Il Petrone (1) parte dal principio che il mondo del diritto è fatto dagli uomini e quindi è un mondo di coscienza e di spirito, in cui il contenuto e la forma si unificano in un momento solo. La filosofia del diritto deve perciò comprendere il diritto dal di dentro, quale un prodotto dello spirito. Ora la coscienza si muove secondo la legge della limitazione: per porre

(1) *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1912; Rensi, *Il genio etico*, Bari. 1912.

il mio *me,* devo porre anche il mio *non me,* per affermare la mia libertà devo in pari tempo affermare la libertà altrui. La mia libertà cioè non si concepisce che nei suoi limiti, che sono appunto segnati dalla libertà altrui. L'*io* perciò non è pura affermazione di sè, ma è nello stesso atto affermazione dell'*altro,* è unificazione ideale dei due aspetti singoli, *ego* e *alter,* che trascende i due termini ed è qualche cosa di più della loro semplice associazione, è l'intuizione del *socius.* Da ciò si forma nella coscienza un *me* tipico sociale, che in certo modo si libra sulle singole coscienze, pur esistendo in esse. In questo *me* i due termini, l'*io* e l'*altro,* coincidono in un termine superiore, che è dato dall'appercezione del socio. È nella appercezione appunto che l'*io* fa dell'*altro* come *socius* e quindi della limitazione della propria sfera di libertà di fronte ad altre sfere di libertà, che risiede la relazione di giustizia. Al pari che la costituzione della coscienza di sè, la costituzione giuridica della persona richiede la limitazione dell'attività di ciascuno, in guisa che sia resa possibile l'eguale esplicazione dell'attività di tutti gli altri, poichè, senza di ciò, io non riconoscerei gli altri, e gli altri non riconoscerebbero me. Determinandomi in conformità di queste leggi di limitazione, io non opero più come *io,* ma come appercezione del *socius,* cioè, come coscienza dell'universale.

Il carattere differenziale del diritto deve adunque rinvenirsi in questa contemporanea obbedienza di tutti gli *io* e alla legge di limitazione. Ma la mia obbedienza a questa legge non mi darebbe se non un'aspettazione incerta dell'obbedienza da parte degli altri, se non intervenisse qualche cosa, che la rendesse obbligatoria effettivamente per tutti, i soci. Ciò che interviene è l'organismo del potere, che si assume il compito di tradurre la legge del limite in volontà e in ordinamento positivo. Per mezzo del potere, il legislatore diventa il

mediatore fra i contendenti futuri, il giudice, fra quelli presenti, perchè il primo nella legge, il secondo, nella sentenza, riverberano la coscienza del *socius,* che è la coscienza profondá dell'*io* e dell'*altro;* onde il contenuto della legge è immanente nella coscienza dei soggetti, e l'espressione della loro soggettività oggettivata e, in pari tempo, trascendente quale sintesi nuova e originale, terza e superiore realtà dello spirito.

Il Petrone, ispirandosi per un verso alle dottrine filosofiche di Fichte e di Hegel e per un altro a quelle empiriche del psicologo americano Baldwin (1), ci dà una costruzione che vuol rendersi in pari tempo conto del concetto e dell'ideale del diritto. Ma essa rivela già il difetto insito in tutte queste costruzioni, che credono di conservare un carattere strettamente filosofico; esse non possono rendersi conto del diritto senza ricorrere ad elementi empirici, rompendo così l'armonia del sistema. Il carattere specifico del diritto si ribella appunto alle costruzioni, che prescindono dall'esperienza, poichè esso è un fatto empirico, che si dissolve appunto quando lo si vuol considerare di fronte alle pure leggi dello spirito. Infatti, per rendersi conto del diritto il Petrone è costretto a fare appello ai concetti empirici di legge, Stato, sentenza, ecc.

Ma, anche mettendoci dal punto di vista dell'A., noi non scorgiamo le ragione specifica di essere del diritto. Sta bene che una coscienza non può concepirsi se non in connessione con un'altra e nei limiti, che da tale connessione derivano, e che perciò da tale connessione sorge una sintesi nuova data dall'appercezione del *socius*; ma tutto ciò vale a spiegarci la relazione sociale in

(1) Fichte, *Grundlage des Naturrechts*; Hegel, *Fenomenologia dello spirito*; *Filosofia del diritto*; Baldwin, *Le développement mental chez l'enfant*, ecc., Paris, 1897; Id., *Interprétation sociale et morale du développ. mental*, Paris, 1899.

genere, non il rapporto giuridico in ispecie. La norma che potrà esserci suggerita da quell'appercezione, sarà una norma di vita sociale e quindi anche di diritto (poichè il diritto si forma appunto nella convivenza), ma non esclusivamente di diritto; manca perciò la determinazione del carattere differenziale. La necessità del limite si manifesta in tutti i rapporti della vita sociale, in tutti i contatti fra le coscienze, perciò sorgono nella vita sociale norme di diverso genere, le quali ne sono, in pari tempo, la conseguenza e la regola. Ma la teoria di Petrone non ci spiega per qual ragione deve, fra queste norme, sorgere la categoria specifica delle norme di diritto. Ed essa, per il punto di vista nel quale l'A. si colloca, non potrebbe spiegarcelo.

Del resto, anche questa dottrina ha a preferenza di mira la relazione di giustizia, come quella che scaturisce universalmente dalla esigenza del limite e dalla coesistenza delle libertà. Simile in ciò alle dottrine precendenti, essa vuole rendersi conto del principio di giustizia e perciò si risolve in una dottrina etica, che solo esteriormente può presentarsi come dottrina giuridica. Rimane quindi sempre aperto il problema: come e perchè la giustizia si trasformi in diritto, e dove il diritto può attingere il suo criterio di valutazione, se il principio di giustizia non è a ciò sufficiente, una volta che il diritto si presenta di fronte ad esso quale un fatto differenziale?

§ 370. — Ma la teoria, che ha suscitato più vive discussioni ed ha più dato da pensare ai filosofi del diritto è quella sostenuta dal Croce. Secondo questa teoria, il diritto non sarebbe fondato sul fondamento etico, ma solo su di fondamento economico, inteso nel senso egoistico e non nel senso etico di utilità generale. Quindi la teoria si inizia con un doppio errore, quello di togliere il fondamento più essenziale al diritto

e quello di non rendersi conto come funziona e deve funzionare il principio di utilità in seno del diritto.

Così il fondamento del diritto dovrebbe secondo questa teoria essere necessariamente egoistico; onde essa menerebbe alla conclusione che il diritto potrebbe avere indifferentemente un contenuto morale e un contenuto immorale e non importa per il diritto, se esso sia giusto o ingiusto, purchè tuteli gl'interessi egoistici dei singoli e li tuteli, anche quando ledano l'interesse generale della collettività. Perchè, dal modo come intende l'utilità la teoria, il diritto deve preoccuparsi solo degli interessi, che hanno un contenuto egoistico e quindi basato esclusivamente sul tornaconto individuale. Una volta che intende l'utilità destituita da ogni valore etico, la conseguenza logica non può essere che questa.

Le conseguenze quindi di questa storia sarebbero la concezione di un diritto, che non è diritto, quindi, anzi è la negazione del diritto, e assolutamente incapace di comprendere il diritto nelle sue funzioni, nei suoi fini e nella sua attuazione pratica.

Questa teoria poi non si regge neppure dal punto di vista formale, poichè da questo punto di vista le mancano le basi. Le sue basi da questo lato, poggiano su di un formalismo astratto, che non ha nulla che vedere con la forma del diritto. Essa prende dalla forma del diritto la sola coattività, astraendola dal potere, che la deve far valere in tutti i casi e per tutta la collettività, per tutto un popolo, con una autorità e con tutti i mezzi di portata superiore e di gran lunga ai mezzi, di cui possono disporre gli altri poteri, che si costituiscono o possono costituirsi in quella data comunità. Perchè quel potere è sovrano.

Invece questa teoria afferma, che ogni gruppo di persone, che si costituice in seno dello Stato, può creare il suo proprio diritto. E allora che genere di diritto è questo? La cui coattività non può essere coattività giu-

ridica, perchè non può appropriarsi su un potere sovrano? E quindi deve essere sottoposta al potere sovrano, il quale da un momento all'altro può annullarla. Ma c'è di più, lo Stato può infliggere sanzioni penali molto gravi ai membri del gruppo, che per osservare il proprio diritto, hanno violato il diritto dello Stato! Citiamo un esempio tipico, che mette la cosa nella maggiore evidenza. Due o tre membri di una banda di briganti, per osservare il loro diritto brigantesco, saccheggiano una casa e assassinano i suoi inquilini e gli assassini vengono condannati ai lavori forzati a vita, o pure alla decapitazione.

§ 371. — Giovanni Gentile, preoccupato del fatto che i filosofi del diritto, per solito, sorvolano sulle questioni fondamentali della Filosofia del diritto, « troppo corrivi ad impigliarsi nell'empirismo della così detta Enciclopedia giuridica », volle, in occasione di un corso tenuto nell'Università di Pisa, affrontare il problema della determinazione filosofica del concetto del diritto (1). E certo, di Filosofia del diritto vera e propria non si può discorrere finchè non si perviene a una determinazione filosofica di quel concetto.

Onde questo problema si presenta inevitabilmente a tutti coloro che, con serietà d'intenti, affrontano lo studio o la trattazione di quella disciplina, alla quale, dato che sia filosofia, non si può certo pervenire muovendo da concetti empirici.

Il Gentile affronta la ricerca con quell'acutezza e profondità di pensiero, che porta in tutti i campi della speculazione, basandosi naturalmente sul suo indirizzo filosofico, il quale, come si sa, è quello dello *idealismo attuale,* cioè dell' « idealismo che non conosce idea o pensiero che non sia l'atto dello spirito; l'atto, ben

(1) *I fondamenti della Filosofia del diritto,* Pisa, 1916. (Estratto dagli *Annali delle Università Toscane*).

inteso, non già ipostatizzato e speculato, ma realizzato, e, per così dire, atto in atto » (p. 9). Secondo questa dottrina quindi, ogni realtà è pensiero e ogni pensiero, in tanto è, in quanto è atto. E questo vale, non solo per la realtà che si connette con la intelligenza, ma anche per quella che si riferisce al mondo della volontà. Parlando del pensiero, si deve intendere, tanto l'intelligenza, quanto la volontà; tanto l'attività teoretica, quanto quella pratica; poichè tale distinzione non ha per fondamento una doppia facoltà dello spirito, il quale è anzi unità inscindibile, ma è semplicemente il diverso aspetto di un'attività indubbiamente unica nella sua essenza. « Lo spirito, dice il Gentile, non è ora intelletto e ora volontà; ma ora si *conosce* come intelletto in quanto volontà, e viceversa » (p. 33) (1).

Stando così le cose, l'attività dello spirito, considerata come attività volitiva, può assumere due forme diverse, o per meglio dire, può presentarsi in due diversi momenti. Si può cioè presentare come volere e si può presentare come voluto. Infatti, ogni atto dello spirito non può non assumere questo duplice aspetto; ora è attività come tale, e si esplica nel momento presente; ora è attività rivolta ad un oggetto, il quale non può essere che la stessa attività dello spirito, obbiettivatasi. Questa duplice situazione costituisce la dinamica stessa dello spirito. « Lo spirito non può volere, restando chiuso in un voluto, poichè cesserebbe allora di volere, e il dinamismo della dialettica si arresterebbe subito e si solidificherebbe in una sostanza affatto naturale. L'essere la volontà creazione di sè stessa, importa adunque sì volere il voluto, ma staccarsi anche da questo, e trattarlo quindi come un semplice voluto » (p. 58).

(1) Cfr. anche: *La riforma della dialettica hegeliana,* Messina, 1913, pag. 253.

Si capisce peraltro che questi due momenti costituiscono sempre una sola unità, poichè l'atto dello spirito è, come abbiamo notato, inscindibile. Ma d'altra parte, lo spirito non può operare a vuoto, opera sempre rispetto ad un oggetto, il quale non è poi qualche cosa di esterno, ma è creazione dello spirito stesso che si pone come oggetto. E così, la volontà che vuole, non può non volere una qualche cosa, un dato oggetto; ma questo oggetto non è che lo stesso volere, poichè, qualunque cosa si voglia, non si vuole in fondo se non un dato modo di essere del volere, il quale è l'unico modo in cui il volere possa essere, se è. Onde il volere come atto (e non può essere se non come atto) è l'unità di questi due termini: volere come volere è volere come voluto (p. 57). Ciò posto, il volere come atto costituisce la legge del volere, la quale ha due significati diversi, secondo che si assume dall'interno o dall'esterno. È interna al volere nell'atto che si realizza col suo volere come un suo momento; è esterna se viene considerata astrattamente, staccata dal suo volere e perciò come qualche cosa che non si realizza attualmente. Nella sua dinamica, nella sua *dialettica* (per adoperare il linguaggio di quella dottrina) il volere (o lo spirito in genere) deve poter fare questa distinzione fra volere e voluto e in pari tempo deve poterla incessantemente superare, altrimenti non potrebbe esistere quale volere (o quale spirito). Il volere perciò non può rimanere chiuso e inoperoso nell'ambito del voluto, perchè allora la vita dello spirito si arresterebbe, si trasformerebbe in natura (nel senso astratto); ma ciò non può accadere, perchè lo spirito è libera attività, è quindi attività che crea, anzi ricrea continuamente il suo oggetto e perciò si stacca con vece assidua dal suo voluto e lo tratta come voluto.

Questo peraltro non porta come conseguenza che il voluto si separi interamente dal volere, sottraendosi

per tal modo alla dialettica della volontà. Il distacco non è separazione; se fosse tale, il voluto dovrebbe uscire dal dominio dello spirito ed annientarsi. Esso invece non si annienta, ma si nega e viene perciò conservato nella sua negatività, come opposizione al soggetto, come limite. Onde, mentre il volere è la libertà, il voluto è vincolo, legge in senso obbiettivo. Ma non è vera legge, poichè la vera legge è quella del volere, come tale, che è libertà; si bene è contenuto di legge; forza, senza libertà; oggetto apposto a soggetto. Infatti « s'impone al volere come condizione necessaria, perchè immutabile; immutabile, perchè già voluta e presupposta quindi dall'atto spirituale nella sua libertà. E quindi è forza che già era libertà e ora è limite della libertà; e si oppone al soggetto, che si trova innanzi sè stesso, ma in una forma da non potervisi riconoscere » (p. 59).

Ora, il voluto, come volere già voluto, è il diritto in un senso stretto; il volere come atto è invece la morale: il diritto perciò è il volere già realizzato, mentre la morale è il volere che si realizza (p. 59). Ma, con ciò non bisogna ritenere che il diritto sia posteriore alla morale, quantunque storicamente determinate forme giuridiche si succedano a determinate forme etiche. Se guardiamo i due termini nella loro posizione puramente ideale, non si può fare a meno di riconoscere che la morale costituisce la concretezza e perciò il culmine dell'atto spirituale, dove cioè si moralizza e si attua effettivamente ogni altro momento dello spirito. Il voluto invece non è un antecedente cronologico, ma è un'astrazione, è l'obbiettività astratta, che diventa concreta solo in quanto diventa contenuto del volere. Sicchè il contenuto entra nella dialettica del volere, non come un elemento negativo, ma come un elemento positivo, che rimane però astrattamente positivo finchè l'atto del volere non lo riassorbe come suo contenuto.

Questa posizione dei due elementi verrebbe a togliere gl'innumerevoli equivoci sorti intorno al così detto carattere esterno del diritto e alla sua coercibilità. Il già voluto opera sul volere in quanto diventa un suo elemento costitutivo e quindi opera, non dal di fuori, ma dal di dentro. Il potere sovrano non è quello che si presenta empiricamente armato di spada, ma quello che il volere contiene in sè stesso; e perciò la forza con cui opera è la forza dello stesso volere. Il diritto è coattivo, non perchè imposto dal di fuori, ma perchè imposto dal di dentro, dal volere stesso, che fa del comando giuridico il suo contenuto.

Da ciò possiamo desumere quali siano i rapporti fra il diritto e la morale. « Nella storia, dove tutta la vita spirituale si attua, il diritto si libra tra la morale da cui sorge e la morale a cui mette capo: e ogni momento della storia, così nell'individuo come nell'insieme degli uomini, che sono tutti un individuo, è un momento di moralità che risolve una situazione giuridica per farne nascere una nuova. Ogni organismo di rapporti giuridici è come un sistema della natura, che la attività dello spirito ha creato, e che nell'attività dell'Io tornerà a riassorbirsi, come elemento di un ulteriore ampliamento e potenziamento del regno dello spirito: e il diritto ben può dirsi la *natura nel mondo della volontà* » (p. 67). Per addurre un esempio tipico il quale meglio valga a dilucidare la natura di tali rapporti il G. si riporta al diritto di proprietà. Come sorge questo diritto? Con un atto di volontà che s'incorpora con la cosa, l'oggetto in genere, e lo fa suo con la propria attività, creando un'opera di arte, coltivando il terreno, ecc. Ora, nell'atto d'incorporarsi c'è l'atto spirituale, concreto, c'è la morale. Ma, quando l'atto è compiuto, quando l'incorporazione è avvenuta e quindi l'atto passato si è fatto contenuto di un nuovo atto, esso non è più atto, e allora il mio viene affermato

come *mio* e sorge il diritto. Il mio diritto quindi sorge quando l'atto di appropriazione, divenuto atto passato, entra come contenuto del mio atto presente; quando il voluto, quale mia volontà di un momento trascorso, viene a formare oggetto del mio presente volere.

Queste, nelle sue linee fondamentali, schematicamente indicata nella sua essenza, la dottrina del Gentile. Come si può subito notare, essa ha il grande merito di cogliere e di mettere nella sua più chiara evidenza la connessione intima fra il diritto e la morale, e, sotto questo aspetto, costituisce il vero contrapposto alla dottrina di B. Croce, che risulta essenzialmente utilitaria. Come è noto, per il Croce il diritto non è che una manifestazione dell'attività economica, considerata quale una delle forme universali di attività. La attività etica è un'attività distinta (quantunque non separata) e perciò non può parlarsi di un fondamento etico del diritto. Per il G. invece il diritto scaturisce direttamente dall'etica, è anzi un momento del volere libero, che è volere morale. Nessun'altra dottrina forse riesce a cogliere nel miglior modo questa dipendenza necessaria del diritto dalla morale; e questo costituisce uno dei suoi pregi incontestabili. E un altro pregio, collegato con esso, è quello di far comprendere, nel modo più chiaro, che la supposta esteriorità e coattività del diritto sono caratteri empirici, che si dissolvono allorchè si portano nel campo della filosofia, poichè il diritto opera sempre per mezzo del volere libero e questo agisce giuridicamente solo quando fa proprio il comando esterno, solo quando trasforma in un suo atto intimo, la coazione. Lo spirito non obbedisce che a sè stesso, poichè la legge che muove la coscienza non è la legge che viene dal di fuori, ma la legge che esso si appropria, che fa sua e perciò è la sua propria legge.

Ma con ciò il G. riesce a darci il concetto filosofico del diritto?

Qui sorgono i dubbi. Se ben si considera, il concetto filosofico del diritto gli sfugge di mano proprio nel momento, in cui egli ritiene di averlo colto. Certo, la differenza tra il voluto e il volere è grandissima ed ha torto il prof. De Carlo (1) nel ritenere (in un breve studio sullo scritto del Gentile) che la differenza tra la moralità e il diritto cessi di esistere allorchè l'una s'identifichi col volere attuale e l'altro col volere attuato « perchè le due attività procedono dalla stessa fonte e sono due momenti successivi dello spirito che vuole » (2). Questa differenza è anzi così grande, che essa (stando alla dottrina del Gentile) nel primo caso, ci presenta il vero atto dello spirito, la concretezza assoluta; nel secondo invece, la natura astratta, l'obbietto privo di anima, che per sè stesso non ha alcun valore filosofico. Un abisso dunque intercede fra i due termini. E appunto perchè la differenza è così grande, nel primo caso possiamo conseguire un concetto filosofico; mentre nel secondo, siamo di fronte a un semplice concetto empirico. Il che significa che il concetto del diritto è un concetto essenzialmente empirico e perciò non può trasformarsi in un concetto filosofico se non cessando di essere diritto e divenendo morale. Solo assorgendo a morale il diritto entra nel vero dominio della filosofia. Questo appunto avevo sostenuto altre volte, quantunque movendo da un punto di vista diverso (3). E infatti, che cosa è il voluto, per la dottrina del Gentile, fuori dell'atto del volere? Un *caput mortuum*, una

---

(1) De Carlo, *I principii fondamentali della Filosofia del diritto secondo il prof. Gentile*, in *Circolo giuridico*, vol. LI, Palermo, 1920, pag. 8 dell'estratto.

(2) Si veda il mio scritto: *Esiste una filosofia del diritto?* in *Rivista ital. di Sociologia*, fasc. III, vol. IV, 1913, e *Princ. di fil. del diritto*, Milano, 1914, pag. 48 e seg.

materia astratta non più vivificata dallo spirito, un fatto negativo, che si anima e acquista valore solo quando lo spirito lo fa proprio. Ma, facendolo proprio col suo atto, esso lo trasforma in etica, gli toglie e deve necessariamente togliergli la caratteristica di diritto, perchè il voluto, per mezzo dell'atto del volere, cessa di essere voluto, è un voluto che il volere vuole nel momento presente e perciò non può essere più voluto, come tale.

Nè vale affermare che questo voluto, entra sì nell'atto del volere, ma vi entra come contenuto, perchè allora bisognerebbe scindere il momento presente in due parti distinte: un volere e un voluto. Se non che con ciò si scinderebbe l'unità dello spirito e cioè dell'atto. Il voluto non può essere che un già voluto e perciò, entrando nell'atto del volere, esso cessa di essere un già voluto, nel senso logico, e diventa volere.

Così intesa, e non sembra possa intendersi in maniera diversa, la dottrina del G. riesce dunque indirettamente a una dimostrazione della impossibilità di ottenere un concetto filosofico del diritto. Allorchè crediamo di aver ottenuto un tale concetto, ci troviamo invece di fronte al concetto della morale. Per adoperare il linguaggio della dottrina del Gentile, il voluto diventa volere, quindi atto libero dello spirito, che fa suo il già voluto, trasformandolo da un'astrazione morta in una concretezza assoluta e vivente. Il diritto è dunque la realtà posta fuori dello spirito, quindi realtà astratta; e quando nel processo di mediazione questa realtà astratta è superata, siamo nel dominio della filosofia, e più propriamente in quello dell'etica. Questo superamento non appartiene perciò al campo del diritto, ma della filosofia. La filosofia è base di tutto e quindi anche il diritto ha il suo fondamento nella filosofia. Ma questo fondamento non è diritto, è filosofia. Parlando con rigore, la filo-

sofia non può cercare alcun fondamento filosofico, perchè il fondamento è essa stessa; sarebbe altrimenti come porre un metodo fuori della filosofia (1). E perciò non vi è una filosofia delle scienze in genere, o del diritto in ispecie, ma vi è la filosofia.

Le altre obbiezioni che il prof. De Carlo rivolge alla dottrina del Gentile, non hanno nessun valore dal punto di vista filosofico, perchè si riferiscono al diritto quale concetto empirico; ne hanno invece uno grandissimo da quest'altro punto di vista. Se il diritto è il già voluto che diviene il contenuto del presente atto di volere, allora qualunque voluto è diritto? E dove vanno in tal caso tutte le distinzioni fra diritto, costume, morale positiva, ecc., che i giuristi si affannano a ricercare? Non è pure una volontà quella che si estrinseca attraverso il costume, l'etichetta, il cerimoniale, ecc., e perchè allora questi voluti non sono diritto, che tale certamente non sono? (2). Certo, queste differenze spariscono e devono necessariamente sparire in un concetto filosofico del diritto (dato che lo si possa conseguire), perchè sono distinzioni empiriche. Per il filosofo, diritto è qualunque legge tacitamente o espressamente imposta e accettata come tale, anche quella della maffia e della camorra, se si considera però dal solo punto di vista formale. Lo aveva già detto il Croce e lo hanno ripetuto altri, parlando di diritti distinti dal diritto dello Stato. Ma tranne il Croce, che aveva proceduto con criterio filosofico, gli altri non si avvidero che inconsciamente cercavano un concetto pseudo filosofico e, credendo di poter generalizzare ed approfondire, non facevano che confondere. Si capisce che il concetto del diritto, volendo assorgere a concetto filosofico, deve

(1) De Carlo, op. cit., pag. 7.
(2) Cfr. G. G. *Metodo dell'immanenza*, in op. cit.

passare sopra a quelle distinzioni; ma si capisce parimenti che, passando sopra a quelle distinzioni, il diritto cessa di essere diritto, cioè quell'insieme organico di norme provenienti dal potere statuale, che può interessare il giurista, per diventare qualcosa di elastico e d'indeterminato, di cui il giurista non sa più che farsi. E non sa più che farsene neppure il filosofo, che si trova ad avere fra le mani una nozione che non risponde più alla cosa, che con essa si vuole denotare.

Il diritto non può essere che diritto dello Stato o di un ordinamento costituito sotto un potere sovrano (il che vale lo stesso) (1); tutte le norme o leggi in vario modo poste da individui o gruppi o da organismi di vario genere non acquistano consistenza giuridica, se non nello Stato e per rapporto allo Stato, poichè esse non vivono campate in aria, ma vivono entro un organismo statale e non importa se in armonia o in lotta con esso, poichè, in quest'ultimo caso, la loro illiceità o antigiuridicità sono caratteristiche, le quali non possono assumere rilevanza, se non per rapporto allo Stato. Per questo il diritto è un fenomeno, un fatto empirico, del quale non è possibile dare un concetto filosofico. Tutti i tentativi che si sono fatti per determinarlo, o hanno condotto all'etica o hanno condotto ad affermazioni aberranti, capaci di generare confusioni nel campo della giurisprudenza. Il tentativo del G. Gentile, che è una delle più forti intelligenze filosofiche, mostra la verità della nostra asserzione. La filosofia non può fare l'impossibile, non può trasformare in un concetto universale ed assoluto ciò che è un prodotto storico, una formazione sociale, determinata da certe

(1) E così il diritto canonico era diritto quando la Chiesa aveva un potere sovrano; se in seguito ha conservato alcune forme della giuridicità, non significa che sia diritto, come non è diritto la morale positiva, quantunque abbia alcune forme della giuridicità.

esigenze della vita in comune quali si sono storicamente manifestate, a misura che si è svolta negli individui umani una data forma di coscienza sociale. In ultima analisi, il diritto è sempre un prodotto delle coscienze che operano sotto l'influsso di moventi etici ed economici e appunto perciò non può trasformarsi in un prodotto filosofico senza cessare di essere ciò che comunemente intendesi per contingenza.

E allora non dobbiamo più tanto maravigliarci se i così detti filosofi del diritto abbandonano così facilmente i concetti filosofici per « impigliarsi nell'empirismo dell'Enciclopedia giuridica ». Questo fanno non soltanto i moderni, lo facevano anche i vecchi giusnaturalisti, i quali, dopo le consuete divagazioni, più o meno vacue, sui principii di ragione, sulle leggi di natura o sui destini dell'uomo, ecc., cascavano poi sugli schemi del diritto romano e modellavano le loro costruzioni con i criterii e sugl'istituti svolti dalla romana giurisprudenza. Il torto principale degli antichi e più dei moderni, non è tanto quello di cascare nel dominio del diritto positivo o storico; quanto quello di non essersi resi ben conto di questa scienza, che ora va col nome di filosofia e non è filosofia, ma scienza generale del diritto e la cui utilità ed importanza non è perciò meno grande. Essa non è, nè enciclopedia giuridica, nè teoria generale del diritto positivo, come da parecchi si va ora sostenendo. L'enciclopedia è una semplice disciplina propedeutica, mentre la teoria generale del diritto rimane sempre una scienza formale, che non esce dall'ambito del diritto e perciò non può rendersi conto dei rapporti che intercedono fra il diritto e la vita sociale e quindi delle leggi, secondo le quali il fenomeno giuridico si sviluppa e della funzione che il diritto compie e deve compiere nella vita delle connivenze umane.

Le dottrine dei forti pensatori riescono sempre fe-

conde, anche quando le soluzioni che essi propongono non sono accettabili, perchè le loro idee meglio permettono di scorgere i lati deboli di certe maniere di pensare, nelle quali rimangono sempre impigliati i pensatori mediocri. Così, questa di Giovanni Gentile, meglio di qualunque dimostrazione diretta, ci apre la via ad una più chiara comprensione della vera natura del diritto. E ciò dovrebbe ormai persuaderci ad abbandonare tutti questi conati infecondi per la determinazione di un concetto filosofico del diritto e indurci ad apportare tutta la nostra attività intellettuale alla sistemazione di questa Scienza generale del diritto, la cui utilità per gli studiosi del diritto non può esser messa in dubbio se non da coloro che non riescono a farsene una idea chiara e completa (1).

(1) Riproduco letteralmente la nota, inserita in un mio articolo pubblicato sul Logos, che trattava la questione *se esiste o non esiste una filosofia del diritto* (Vedi Logos, anno II, fasc. I, pag. 71 e seguenti). E in questa nota scrivevo: « Il tentativo più degno di nota, è quello di Giovanni Gentile. che con quell'acume e con quel vigore speculativo, che è proprio della sua mente, cercò di mostrare come una filosofia del diritto possa esistere quale filosofia del voluto ». (Vedi Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto,* negli *Annali delle Università toscane,* 1916). In una mia nota critica (sui medesimi Annali 1920) ho obbiettato che, siccome il voluto è astrazione quando è staccato dall'atto del volere (conformemente alla stessa filosofia gentiliana), e perciò, preso in sè stesso, non ha concretezza, così la filosofia del diritto, anche da questo punto di vista, viene a costituire un tutt'uno con l'etica. In una recensione, che il Gentile ha fatto del mio scritto (*in giornale critico della fil italiana*, egli controbatte): l'essere il contenuto della volontà non separabile della volontà stessa significa forse, che la volontà non abbia un contenuto? Ma si può rispondere: essa lo ha certamente e su ciò non vi è dubbio, ma la questione è tutta qui se questo contenuto sia un contenuto concreto o un contenuto astratto. Ora, secondo la filosofia del Gentile, il voluto è voluto del volere, cioè etica. E questo in fondo, conferma lo stesso Gentile, quando conchiude la recensione dicendo; la morale.... è l'atto reale, effettivo, concreto, di cui il diritto è un semplice momento. Ma se il diritto è un semplice *momento* della morale, ne deriva necessariamente, che non potrà costituire qualche cosa di diverso da essa.

CAPITOLO V

Possibile soluzione del problema.

Sommario. — 372. Fondamento generico del diritto. — 373. Fondamento specifico. — 374. Stadi della coscienza giuridica. — 375. Carattere assoluto delle idealità giuridiche. — 376. Le idealità moderne. — 377. Conclusione.

§ 372. — Da questa rapida corsa a traverso i diversi sistemi ci siamo potuti convincere che nessuno di essi fornisce un'adeguata risposta ai quesiti: quale è il fondamento intrinseco del diritto? Dove possiamo rinvenire il criterio ultimo per valutare il fenomeno giuridico? E nessuno lo fornisce adeguamente, perchè, o son partiti da criteri unilaterali o non hanno tenuto conto del carattere specifico del fatto giuridico. Alcuni infatti si sono a preferenza o esclusivamente basati su di un ordine esterno, sia quale ordine fisico di causalità sia quale ordine umano prodotto dall'arbitrio di uno o di pochi. Altri invece si sono basati su elementi interni, provenienti dalla coscienza umana, ma non hanno poi abbracciato la coscienza nella totalità delle sue manifestazioni. Tutti hanno poi trascurato il lato specifico del diritto, confondendo il diritto con la giustizia e ritenendo potersi rendere pienamente conto del diritto col rendersi conto del principio di giustizia.

Questi lati manchevoli c' indicano chiaramente quale dovrà essere la via da seguire, se si vuole ottenere una soluzione adeguata del problema. Di tale soluzione abbiamo già in parte dovuto far cenno, implicitamente o esplicitamente, e più di una volta, nelle pagine precedenti, poichè il problema della valutazione ha per il diritto una importanza capitale e non si può prescindere da esso allorchè si vuole trattare il diritto scien-

tificamente. Occorre ora di raccogliere gli sparsi fili e di completare le nostre vedute.

Il fondamento ultimo del diritto non può dunque rinvenirsi nelle condizioni esterne dell'esistenza sociale, e quindi non può da queste ricavarsi il criterio di valutazione del fatto giuridico, perchè, come sappiamo, il diritto è un prodotto delle coscienze, che si esplica per mezzo dei processi del volere; e la valutazione, non è data dalle cose, ma da un rapporto che, per opera della stessa coscienza, si determina fra di essa e le cose. Non è perciò nel mondo causale che possiamo trovare quel fondamento, ma nel mondo dei fini, che la nostra coscienza si crea. Ma, d'altra parte, la nostra coscienza non potrebbe costruirsi quel mondo di fini, se non in rapporto alle condizioni di esistenza. Il fine, in tanto ha valore pratico, in quanto vuole dominare e dirigere la realtà, in quanto può ordinare in un dato modo il mondo dell'essere. Un dover essere non avrebbe significato, se non potesse dominare l'essere in modo da metterlo in armonia con la coscienza. Ma, per ottenere ciò è necessario che esso operi sulle cause conformemente alle loro leggi. La nostra volontà non agisce su di un mondo immaginario, ma su di un mondo reale e la sua azione riesce tanto più feconda, quanto più si adegua a questo mondo reale. Colui che opera in un mondo esclusivamente creato dalla sua fantasia è un sognatore, un utopista. Quando perciò diciamo che il fondamento del diritto deve rinvenirsi nella coscienza, noi non intendiamo parlare di una coscienza arbitraria, ma della coscienza quale rivelatrice e in pari tempo fattrice di una realtà più intima, nella quale il mondo delle cause e quello dei fini, convergono ed armonizzano, perciò di una coscienza che armonizza pienamente con sè stessa e con la realtà, di cui essa è parte.

Se non che, la coscienza così intesa, non è nuda ragione, o nudo sentimento, o nuda volontà; ma è la

coscienza nel suo complesso, nella totalità delle sue sintesi; ed inoltre, non è la coscienza di questo o di quell'altro individuo, ma quella coscienza comune, che è in tutti e di nessuno in particolare, che « nessuno sente come sua esclusiva e nessuno sente, come a sè estranea ». Questa comune coscienza certamente si sviluppa, si arricchisce nei contatti della vita sociale, ma non si crea per opera della convivenza, poichè senza l'identità fondamentale delle coscienze, nessun aggregato umano potrebbe costituirsi.

§ 373. — Sicchè possiamo ritenere senz'altro che il fondamento ultimo del diritto deve rinvenirsi nella coscienza. Ma con ciò noi avremo indicato il fondamento generico, non quello specifico; sulla coscienza si fondano tutte le norme e gl'ideali della condotta e non soltanto il diritto. E questo fondamento specifico noi appunto cerchiamo, poichè di esso, le teorie, che abbiamo finora esaminato, non ci rendono conto. Anche quelle che pongono nella coscienza le radici prime e la ragione di essere del diritto, confondono poi il diritto con la giustizia e credono di esser pervenute a spiegare il diritto quando sono pervenute a spiegare il principio di giustizia. Ora, come abbiamo detto più volte, il diritto non è tutta la giustizia, se fosse tutta la giustizia, il diritto non avrebbe più ragione di essere, poichè i fini, che si propone di raggiungere il diritto, sarebbero pienamente raggiunti senza bisogno di esso, anzi sarebbero raggiunti in modo assai migliore. Il diritto è solo una parte di giustizia e cioè quella parte che può attuarsi empiricamente nei rapporti umani, tenendo conto delle umane imperfezioni, che può conciliarsi con certe condizioni imprescindibili di utilità e di convenienza, che può diventare obbligatorio per mezzo della esterna coazione; quindi è la parte, diciamo così, esterna ed obbiettiva del principio di giustizia.

Per spiegare il diritto e rinvenire il criterio ultimo

per valutarlo, dobbiamo adunque trovare nella stessa coscienza un qualche fondamento specifico e questo fondamento noi lo rinveniamo appunto in quella speciale forma di coscienza, in quell'insieme di attitudini, che abbiamo già chiamato coscienza giuridica. Essa è, come sappiamo, quella forma caratteristica di coscienza regolativa, che si afferma e si determina rispetto alle condizioni di esistenza ritenute indispensabili per una data consociazione. Come forma, essa è comune a tutti gli uomini ed assume carattere di necessità e di universalità, quantunque, ora apparisca in maniera indistinta e confusa, sotto l'aspetto di tendenza e d'istinto, ora in maniera chiara e tutta spiegata. Da essa proviene quindi l'ordine dei fini giuridici e quindi la concezione vaga o precisa di un ordinamento ideale di rapporti giuridici, che sta al di sopra di ogni ordinamento di fatto.

È quindi inesatto ritenere che in certi periodi dell'evoluzione manchi del tutto una coscienza siffatta, almeno in germe e nelle sue forme rudimentali. Se ben si guarda, anche presso i primitivi, la norma non è data esclusivamente dalla forza della tradizione, dall'imperio del costume, dai comandi del potere, ma da qualche cosa di più fondamentale, da un convincimento vago che tutte queste cose siano in conformità di un certo ordine rivelantesi solo a barlumi nelle coscienze. Che se l'ordine esistente soltanto è allora ritenuto legittimo, questo avviene perchè esso è in qualche modo considerato quale rivelazione di quell'ordine fondamentale, quantunque ciò non apparisca chiaramente, perchè non sono ancor sorti quei conflitti che possano mettere in luce il fondamento ultimo dell'apparato regolatore esistente. Ma quando tali conflitti casualmente si manifestano, tale fondamento si rivela. Quando, ad esempio, un individuo viola la tradizione, questa allora apparisce come qualche cosa d'immutabile, di sacrosanto, che sta

di là dalla volontà degli uomini, quale rivelazione di un ordine necessario, vera proiezione della coscienza regolativa dell'aggregato.

§ 374. — La coscienza giuridica si presenta in tre differenti stadî, in quanto può apparire quale senso, giuridico, quale criterio giuridico e quale idealità giuridica.

Il senso giuridico è manifestazione quasi istintiva, che permette d'intuire il lato giuridico dei rapporti umani, di sentire il diritto quasi come il clinico intuisce lo stato sano o malato da pochi indizî esterni. Il senso giuridico è perciò primo ad apparire e può manifestarsi anche nelle persone ignoranti del diritto, ma si riporta a preferenza al diritto esistente, come viene praticato, e per ciò non può dare che un apprezzamento incompleto, non può assorgere a un vero criterio di valutazione. Si comprende che un dato principio è conforme o non conforme al diritto, ma non si sa darne ragione e tanto meno si può valutare se quel diritto è quale dovrebbe essere. Chi possiede soltanto il solo senso giuridico non sa innalzarsi al di sopra delle forme definitivamente obbiettivate in un dato tempo; egli subisce l'influenza di queste e in certo modo vi si muove dentro, ma non sa darsi pienamente ragione del loro essere.

Il criterio giuridico implica la formazione di sintesi di carattere ancor più elevato, che permettono di comprendere pienamente la distinzione fra ciò che è diritto e ciò che non è diritto, di percepire nettamente il lato giuridico dei rapporti, di rendersene pieno conto. Esso si fonda sul senso giuridico, del quale costituisce un più alto sviluppo e perciò permette di muoversi anche al di sopra del diritto esistente. I giudizi, che esso suggerisce, mirano ad una perfezione formale del diritto e partono da essa, perciò permettono di andare oltre la semplice forma obbiettivata. Chi giudica in base al

criterio giuridico è in grado di mettere in rilievo le imperfezioni del diritto positivo e di valutare la portata dei suoi difetti. Se non che la sua attenzione è sempre portata verso la forma, ed egli tende a considerarlo come qualche cosa per sè stante, che abbia un valore proprio ed indipendente, onde i suoi giudizi di valore rimangono sempre giudizi puramente formali. Si tratta sempre, in fondo, della comparazione tra una forma imperfetta e un prototipo di forma perfetta, di una ricostruzione di quella per mezzo di questa, di un riferimento ad una forma più comprensiva, meglio capace di ridurre a principi semplici la complessità delle forme e dei rapporti.

Ma il criterio ultimo di valutazione e in pari tempo il fondamento ultimo del diritto non può venire che da attitudini di ordine ancor più elevato, da quelle onde scaturiscono i processi ancor più complicati della psiche. Sono essi che permettono di andare piu in là della nuda forma e di assorgere alle sintesi, nelle quali forma e contenuto si fondono in combinazioni nuove, diverse dalle forme obbiettivate e nelle quali perciò si riflettono le aspirazioni più alte della coscienza. Da queste attitudini di ordine più elevato vengono insomma le idealità giuridiche. Esse costituiscono la fioritura, diciamo così, più elevata della coscienza giuridica, la sua manifestazione più nobile, in quanto vogliono dominare il mondo dei fatti e dei rapporti umani, non solo per distinguerli e classificarli secondo i criterì giuridici, quali risultano dalle forme obbiettivate; ma per regolargli secondo criterì nuovi o più profondi. Esse sono come le formule, che la coscienza imprime alle esigenze più impellenti della vita in comune e in pari tempo i criterì, secondo i quali queste esigenze devono muoversi; perciò riempiono di un contenuto nuovo il senso giuridico e il criterio giuridico.

§ 375. — In ogni coscienza umana più o meno si

elaborano questi processi di ordine più elevato, che conducono a queste sintesi ultime, perchè in ogni coscienza vi sono le attitudini a formarle; ma siccome queste attitudini sono più o meno sviluppate, così avviene che quelle sintesi, ora si delineano nette e precise, ora appariscono confuse ed offuscate, come in un'atmosfera di vapori, che non ne permettono la percezione chiara; ora si rivelano quali tendenze istintive, che spingono di là dalle forme obbiettivate dell'ordinamento giuridico verso qualche cosa che più si accordi con l'armonia interna della psiche; ora quali affermazioni pienamente coscienti di nuovi diritti, che vogliono essere riconosciuti nell'ordinamento formale. È perciò che tali sintesi a poco a poco si sviluppano, si rischiarano, si affermano nello attrito delle coscienze, nel quotidiano scambio e nelle fusioni persistenti dei processi psichici fra le coscienze associate; e sorgono quindi quelle comuni maniere di pensare e di sentire, onde viene il criterio ultimo di valutazione del diritto.

A tale criterio infondono carattere di universalità il principio di giustizia e anche certe fondamentali esigenze della vita in comune; ma nel fatto esso non può essere universale, non solo perchè abbraccia un contenuto mutevole, ma anche perchè, accanto al principio di giustizia opera in esso il principio di utilità, accanto alle esigenze fondamentali operano le esigenze accidentali e mutevoli. Ciò non toglie peraltro che nelle varie epoche si affermino ideali giuridici, che assumono il carattere di credenze dominanti, indiscutibili. E in base a tali credenze, il diritto positivo viene giudicato e s'invocano e si difendono le riforme, si parla di un diritto naturale, di un diritto universale, di un diritto eterno, ecc. Esso si presenta quale un diritto assoluto e immutabile, anche a coloro stessi che riconoscono la relatività del fenomeno giuridico, poichè non è pos-

sibile di sottrarsi in tutto al fascino di una credenza, quando essa si trova in piena armonia con le tendenze più profonde del nostro spirito. E in proporzione al grado d' intensità della credenza, il diritto desiderato si attua, perchè induce il legislatore a formularlo possibilmente nelle sue leggi, i magistrati a sentenziare in conformità di esso, gli uomini a guidare secondo i suoi imperativi la propria condotta.

La coscienza giuridica della collettività, cioè la coscienza giuridica, quale si sviluppa e si esplica (non diciamo: si costituisce, poichè essa è una forma originaria della psiche umana) negli attriti della vita sociale, elabora gl' ideali del diritto e quindi i criterî di valutazione dell'ordinamento giuridico attuale. Questo ultimo è l' espressione di una coscienza giuridica già in gran parte tramontata, cioè delle idealità del passato; gl' ideali del diritto sono invece l' espressione di una coscienza giuridica che si va sviluppando in armonia con le esigenze nuove e in contrasto con i difetti che presentano le istituzioni attuali. E a misura che si affermano e prendono consistenza nelle coscienze e si diffondono, il loro carattere diventa sempre più impellente ed assoluto, e acquistano perciò autorità indiscutibile, pregio inestimabile i valori che ne scaturiscono, perchè tanto più noi crediamo in questi valori. È perciò che in ogni data epoca tali valori si presentano con questi caratteri; essi sono sentiti come assoluti, anche quando il ragionamento potrebbe indurre a riguardargli come relativi. Noi sentiamo di dovere credere in quel dato modo e non possiamo fare diversamente, onde avviene che quegl'ideali s'impongono e a poco a poco si traducono in atto, se non in tutto, che questo sarebbe in contrasto con la loro stessa natura, almeno per quanto può permettere l'umana imperfezione e il carattere empirico del diritto.

La nostra coscienza è limitata, essa è perciò costretta a concentrare le proprie forze e a volgere la propria attività verso una direzione soltanto, e questo concentramento riesce tanto più fecondo, quanto è più accentuato. Bisogna poi aggiungere che nelle produzioni sociali si tratta di far convergere le forze di un numero indefinito di coscienze sopra un dato punto e ciò non potrebbe accadere se i fini fossero disparati o potessero abbracciarsi sotto aspetti molteplici. Occorre che essi siano omogenei e vengano abbracciati da quell'aspetto, che è più in armonia con le esigenze comuni. Ma, questo concentramento dell' attuazione sopra quei dati fini e limitatamente a quei dati aspetti, induce a estollerli, a emanciparli in qualche modo dalle mobili onde degli stati psichici, a considerarli come indipendenti, completi in loro stessi, immutabili, supremi; onde, con l'opera della credenza, il loro valore si trasforma in un valore assoluto.

Quando lo storicismo e, in genere, l' empirismo ristretto, criticavano il carattere assoluto che aveva assunto il diritto naturale, non capivano che la tendenza all' assoluto è insita nella coscienza umana, è conseguenza della sua stessa economia, del modo come funziona e può funzionare e perciò deve inevitabilmente rivelarsi in queste più alte produzioni della coscienza giuridica. Anche la coscienza giuridica moderna produce i suoi valori assoluti, ai quali noi crediamo ciecamente e non possiamo fare a meno di credere. Nè vale obbiettare che l'analisi di questo fenomeno e del modo come si produce, possa mettere troppo in evidenza l'illusione che vi si racchiude e perciò distrugge l'inganno e con esso la fecondità benefica degl'ideali e dei valori umani. È possibile che certe analisi riescano a togliere un qualche lato del velo d'Iside e generino scetticismo e che certe produzioni dello spirito possano essere in alcuna parte di-

strutte dalla troppa curiosità di conoscere come sono fatte.

Ma le distruzioni dell'analisi in questo campo sono sempre distruzioni parziali, poichè l' analisi non potrà mai operare contro la stessa economia della coscienza e non può distruggere le sintesi profonde dello spirito. Per distruggere tali sintesi, bisognerebbe distruggere la coscienza e nessuna forma d' analisi può pervenire a tanto, perchè essa stessa è un prodotto della coscienza e non può non obbedire alle sue stesse leggi. Così, l'analisi dell'amore non è mai riuscita a distruggere il sentimento dell' amore, come l' analisi di una virtù, non è mai riuscita a distruggere il rispetto verso quella virtù, poichè, anche per chi analizza, viene il momento della sintesi innovatrice, per cui le tendenze fondamentali della coscienza prendono il sopravvento e s'impongono ad ogni analisi, con la creazione di nuovi valori. Si può anzi dire che forse non si è mai tanto vicini al credere, se non proprio quando si dubita, poichè, se dalle vecchie credenze scaturiscono i dubbi attuali, dai dubbi attuali s' ingenerano le credenze nuove o si passa alle nuove sintesi, per le quali essi hanno preparato il terreno.

Quindi noi dobbiamo credere nei valori che crea, che ci suggerisce la nostra coscienza giuridica progredita, poichè in questi valori attinge la sua ragion di essere il diritto quale viene da noi concepito, quale deve essere, quale vogliamo che sia. È dobbiamo credervi come ogni epoca feconda d'innumerevoli produzioni ha creduto ai proprî ideali; dobbiamo credervi, perchè solo in questo modo riusciamo a dominare l'ordine causale e a trasformarlo in un ordine di fini; dobbiamo credervi, perchè solo a questa condizione è possibile che si determini una vera solidarietà umana e questa realizzi nel mondo i valori più elevati, dobbiamo credervi, poichè non abbiamo poi in fondo altra

scelta, se non quella di creder poco o di creder molto e fra i due estremi è preferibile il secondo, perchè infonde maggiore armonia, non solo nel nostro interno, ma anche nei rapporti con le altre coscienze, in quanto esalta le nostre energie spirituali e ci fa sentire più completi, più degni, più soddisfatti; infine, dobbiamo credervi, perchè non possiamo fare altrimenti.

§ 376. — Ma quali sono gl'ideali giuridici fondamentali, a cui ora crediamo e dobbiamo credere? Sono quelli imposti dalla nostra civiltà, dal grado della nostra evoluzione storica, da quelle leggi di sviluppo, che abbiamo innanzi esaminato. Essi culminano nel valore e nel rispetto della persona umana; nel principio di eguaglianza, inteso, non soltanto come il riconoscimento di condizioni di fatto, ma anche quale un mezzo per promuovere condizioni nuove di eguaglianza più in armonia con le condizioni nuove della realtà e con le esigenze del principio di giustizia; finalmente nel principio di solidarietà, inteso quale una conciliazione tra l'autonomia dell'individuo e le esigenze della vita in comune. Questa conciliazione viene spontaneamente promossa da un doppio ordine di cause: obbiettivamente essa scaturisce dalla stessa legge della divisione del lavoro, che accresce sempre più e rende mano mano più intimi i vincoli dell'individuo con la convivenza; subbiettivamente, da un più elevato sviluppo della coscienza, che si attua sotto l'azione di un numero più esteso e più complesso di stimoli sociali, per cui siamo messi in grado di meglio comprendere la vita degli altri e il compito che ci spetta nell'economia dell'aggregato, perciò di subordinare possibilmente le esigenze nostre a quelle altrui e di considerare come parte delle esigenze proprie le esigenze comuni. E ciò con la persuasione che le esigenze proprie potranno tanto meglio venir soddisfatte, quanto più saranno soddisfatte quelle quell' aggregato, al quale si appartiene. Poichè l'individuo può tanto più sviluppare

e completare la propria individualità, quanto più si sviluppa l'aggregato, del quale egli fa parte; e questo, alla sua volta, progredisce e raggiunge un più alto grado di sviluppo per mezzo di un più completo sviluppo degl'individui, nei quali, in ultima analisi, risiedono e si elaborano le energie feconde e produttrici di tutte le forme di vita sociale.

Da un punto di vista generico non è possibile discendere a specificazioni. Solo in un'analisi delle singole formazioni giuridiche è possibile vedere come questi criterî si concretino o tendano a concretarsi nelle loro specifiche concezioni.

§ 377. — Questa è dunque la via, secondo la quale riteniamo si possa rinvenire il fondamento ultimo del diritto e il suo ultimo criterio di valutazione. Esso è quello stesso che già apparisce nell'analisi sulla genesi del diritto, come anche nello studio sulle leggi dell'evoluzione; e non potrebbe essere diversamente, poichè il fenomeno giuridico si svolge secondo le leggi della nostra coscienza e questa non può essere mossa se non da un ordine di fini, il quale, pur scaturendo da essa, ad essa s'impone, essendo, in pari tempo, rivelatore e fattore di quell'armonia interna, senza di che la coscienza non esisterebbe quale coscienza. Ma quest'ordine di fini è un ordine di fini specifico, che risponde, non a tutte le esigenze della vita in comune, ma solo a certe determinate categorie di esigenze e perciò suggerito da criterî specifici, forniti da una specifica attitudine della nostra coscienza a combinare il principio di giustizia con la ragione di utilità sociale e di opportunità, sotto l'influsso di certi elementi emotivi. Quest'attitudine viene stimolata dalle condizioni di fatto della convivenza e quindi dall'ordine causale e perciò si può parlare di un insieme di fattori, che operano sulla formazione del diritto. Ma non sono queste condizioni di fatto che generano il diritto, esse forniscono soltanto l'occasione,

che induce la coscienza a formarlo o la materia, che il diritto dovrà regolare, poichè il criterio per valutarle non può provenire che dalle sintesi creatrici della coscienza.

Questa soluzione è ispirata al metodo che dobbiamo finora seguito, il metodo positivo, inteso, non più in un senso ristretto e unilaterale, ma in un senso largo e filosofico, perchè fondato, non soltanto sulla esperienza esterna, ma anche sui dati della nostra esperienza interna e quindi sulle leggi, che ci rivela il nostro spirito: in una parola, su tutta la realtà e non soltanto su di una parte di essa; e perciò possiamo lusingarci che questa soluzione non avrà la sorte caduca di un sistema subbiettivo e possa vivere la vita perpetua della realtà.